



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105015201800629-01

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 COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 01 de septiembre de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **RUBÉN CIRO CASTILLO SÁNCHEZ** 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 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 266 vto al 269 vto; 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 Nicolás Eduardo Ramos Ramos en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 276 al 283.

ANTECEDENTES

RUBÉN CIRO CASTILLO SÁNCHEZ, 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 CESANTIAS, para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A. enviar a COLPENSIONES el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual, de forma integral, junto con los cobros y gastos de administración descontados de los aportes y 50 SMVM, de acuerdo a lo señalado en el literal b) del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; que, se condene a COLPENSIONES aceptar dicho retorno recibiendo los aportes, rendimientos financieros y cobros de administración; que se condene a las demandadas a reconocer los derechos ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, ha prestado sus servicios como trabajador en varias empresas públicas, efectuando sus aportes pensionales a la Caja de Previsión del Distrito; hasta 1995, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS; administradora que, le ofreció mejores beneficios, sin explicarle las consecuencias de su decisión, induciéndolo en un error para afiliarse a dicho régimen, sin suministrarle información consistente, veraz, objetiva y demostrable, como tampoco sin efectuar una eventual simulación o comparación del valor de la mesada pensional, lesionando ostensiblemente sus derechos a la libre escogencia e irrenunciabilidad de los beneficios laborales.

Refiere que, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, utilizó un formulario preimpreso y no le dio asesoría personalizada, estando en la obligación de hacerlo, pues, no podía emplear el mismo discurso para todos sus afiliados; que, reclamó ante las demandadas, de la nulidad de su traslado al RAIS, la cual fue atendida desfavorablemente (fls. 2-23).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, 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, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y cualquier otra excepción que se encuentre probada en el curso del proceso (fls. 66-76).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso la excepción previa de integración del litisconsorcio necesario con la AFP PORVENIR S.A.; y las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado,

inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, preinscripción, caducidad, buena fe y la genérica o innominada (fls.83-114).

Mediante auto del 11 de septiembre de 2019, se ordenó integrar el litisconsorcio necesario con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (fls.133-135); la cual dio contestación oportuna a la demanda, dijo no constarle ninguno de los hechos de la misma y 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.164-188).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de septiembre de 2020, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante, al RAIS, ordenando a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, trasladar a COLPENSIONES, los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual; igualmente dispuso que, COLPENSIONES, afile al demandante, al RPM, reciba sus aportes y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, como si el actor, nunca se hubiese trasladado al RAIS. Declaró no probadas las excepciones propuestas y absolvió a las demandadas del pago de los 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por, tratarse de una multa que no corresponde al trabajador, y que, sólo puede imponer la autoridad administrativa correspondiente; tampoco impuso condena en costas.

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.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, interpuso recurso de apelación, argumentando que, si bien no se constató por escrito el cumplimiento del deber de información, al momento del traslado inicial del demandante, al RAIS, de la prueba testimonial se extrae que el actor sí recibió asesoría acerca de las características del RAIS, que, por haber sido verbal, no pierde la categoría de asesoría; indica que, las reglas de la

experiencia establece que, cuando se celebran negocios jurídicos entre los particulares, y hay una manifestación libre de la voluntad de los contratantes, no es para adquirir algo que lo perjudique, siendo su deber exigir y establecer las condiciones del negocio; considera que, en todo caso, de haberse presentado un error en el consentimiento del demandante, éste fue de derecho, en cuanto a la naturaleza del RAIS, y los derechos que adquirió dentro del mismo, los cuales son diferentes a los que pudo tener en el RPM.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES implora 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. 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 el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, 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, 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 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 solicitudes de nulidad del traslado presentadas por el demandante, a las demandadas, junto con sus respuestas negativas (fls.24-34); formulario de solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A. suscrito el 24 de agosto de 1995 (fl. 35); de la cuenta de ahorro individual del demandante, en COLFONDOS S.A (fl. 36); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 77); formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., suscrito el 27 de junio de 2000 (fl.116); consulta SIAF (fl.117 y 189-192); certificación de afiliación del demandante a COLFONDOS S.A. (fl. 118) historia de semanas cotizadas para efectos de bono pensional

(fls. 119-121); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 193-194); certificación de traslado de aportes de la AFP PORVENIR S.A. a COLFONDOS S.A. (fl. 195); historia laboral consolidada en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 196-198); formulario de solicitud vinculación a Porvenir diligenciado el 17 de marzo de 1998 (fl. 199).

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante, absolvió interrogatorio de parte, manifestando que, para 1996 se encontraba trabajando en la Tesorería Distrital de Bogotá, y se encontraba afiliado a la Caja de Previsión Social del Distrito, pero, por esa misma época se decidió acabar con esa Caja, y el Seguro Social está muy desprestigiado, entonces a su sitio de trabajo llegaron unas asesoras, quienes, reunión un grupo de trabajadores, en un pasillo y le manifestaron que debían trasladarse a los Fondos privados de pensiones, que aprovecharan, porque no a todos los iban a recibir, que les iban a pagar más que en el RPM; que, iban a tener más seguridad, porque todas las Cajas Públicas las estaban liquidando; que, él se limitó a firmar el formulario, porque el resto de tramites lo hacían las asesores en la oficina de personal de la Secretaria de Hacienda. Señala que, firmó, sin que le explicaron nada más, sólo le dijeron que él tenía un muy buen sueldo, y que iba a recibir 4 veces más de lo que podían pagar en el RPM; que, como no supo nada de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, entre 1996 y 1998, se cambió a la AFP PORVENIR S.A., sin recibir tampoco mayor información, simplemente, como en la Oficina de Personal, siempre había asesores de las Administradoras de Pensiones, un asesor de la AFP PORVENIR S.A., le dijo que ahí le podía ir mejor y sólo tenía que firmar el formulario, lo que hizo sin mayor información, y que, después, el señor de la AFP PORVENIR S.A., se fue y los de COLFONDOS S.A., le prometieron que lo mantendrían informado, entonces regresó a esa AFP; que, nunca estuvo afiliado al Seguro Social, sino a FAVIDI; que, recientemente sufrió una enfermedad y se acercó a COLFONDOS S.A., a preguntar cuál sería el valor de la mesada pensional que le correspondería, allí le informaron que aproximadamente \$1.280.000, pero que si su cónyuge era joven, podría llegar a recibir menos, lo que lo alarmó porque sus ingresos laborales son muy superiores; que, nunca le informaron que podía retornar al RPM, no le dieron información del saldo que tenía en su cuenta de ahorro individual, ni recibió un extracto.

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 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 RUBÉN CIRO CASTILLO SÁNCHEZ, 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 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 CESANTÍAS, el 24 de agosto 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. y nuevamente a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, 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.”*

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,

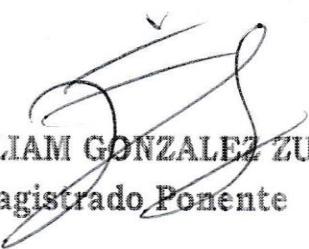
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de septiembre de 2020, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **RUBÉN CIRO CASTILLO SÁNCHEZ** 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.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

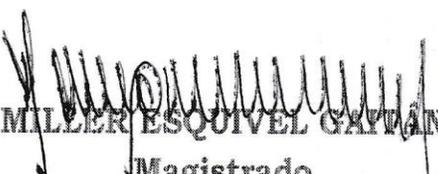
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

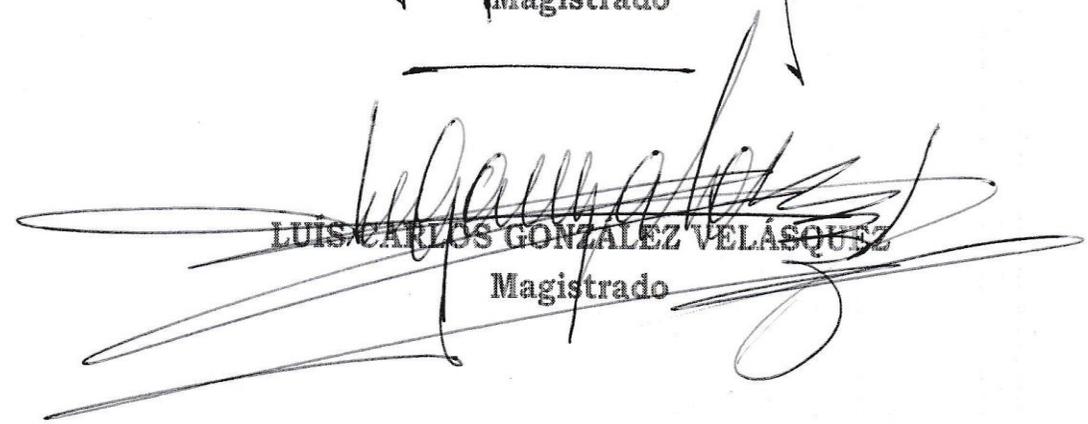
Los Magistrados,



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: 110013105031201800044-02

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 presentado por el apoderado de la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 03 de diciembre de 2020 por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FANNY MARGOTH FARFÁN CORTÉS** 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 ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con cedula de ciudadanía No.36.627.008 y la tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 122 al 124 vto.

ANTECEDENTES

FANNY MARGOTH FARFAN CORTÉS, 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 ordene a la AFP POVENIR S.A., enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que haya en su cuenta de ahorro

individual, con destino a COLPENSIONES; y que, ésta última acepte su vinculación; además de reconocerse lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, prestó sus servicios para el Hospital San Ignacio desde el 1 de abril de 1983, por lo que, estuvo afiliada al RPM, hasta el 1 de septiembre de 1987; que, el 5 de mayo de 1996, se afiliado al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., por orden de su empleador, quine bajo presión los hizo pasarse a este fondo, sin ningún tipo de asesoría, actuando de mala fe y convirtiéndose en un completo engaño, ya que les hicieron firmar una hoja de afiliación en blanco, que, posteriormente fue diligenciada por el asesor de la AFP.

Refiere que, con posterioridad, una vez enterada de las ventajas y desventajas de su traslado al RAIS, presentó solicitó ante COLPENSIONES, para retornar al RPM, pero la misma le fue negada, indicándole que el traslado se había efectuado en ejercicio de su derecho a la libre selección, por lo que era totalmente valido; que, el 18 de abril de 2017, elevó la misma petición a la AFP PORVENIR S.A., quien, mediante oficio del 4 de mayo de 2017, le envió una respuesta desfavorable (fls. 6-27).

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 prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho por falta de causa y título para pedir, y las demás excepciones que se encuentren probadas en el curso del proceso (fls. 91-94)

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. 111-117).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de diciembre de 2020, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas, de las

pretensiones incoadas en su contra, al considerar que, a la demandante, al momento de su traslado al RAIS, sí se le dio la información necesaria y suficiente, que era exigida en ese momento histórico, para los Fondos de Pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación para que se revoque en su totalidad esa decisión y se acceda a las pretensiones de la demanda, argumentando que, se invirtió la carga de la prueba y se le dio una interpretación errada al interrogatorio de parte de la actora y declaraciones rendidas por los testigos, pues, de ellos no se puede deducir, como mal lo hizo la a-quo, que la señora FARFAN CORTÉS, sí recibió una asesoría suficiente, amplia y oportuna, por parte de la AFP demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, 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. 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.

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, milita en el plenario solicitud nulidad traslado RAIS, presentada ante la AFP PORVENIR S.A., con su respectiva respuesta (fls. 28-51); reclamación administrativa radicada ante COLPENSIONES y su contestación (fls.52-70); solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., suscrita el 6 de mayo de 1996 (fl. 71 y 119); certificación de traslado expedida por COLPENSIONES (fl. 72); historia laboral consolidada de la demandante, en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 73-85); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 106); certificación de afiliación de la actora, a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 118); consulta SIAF (fl. 120); relación histórica de movimientos Porvenir (fls. 125-143); Afiliación individual Planes Empresariales, Fondo de Pensiones Voluntarias Porvenir del 26 de agosto de 2006 (fl. 144); certificación de la AFP PORVENIR S.A., acerca de los

aportes voluntarios realizados por la demandante, a ese Fondo desde el 6 de octubre de 2009 a febrero de 2013 (CD fl. 111).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante, indicó que, el 5 de mayo de 1996, cuando ya les habían dado unas asesorías grupales, de recursos humanos le pasaron una hoja en blanco, para que la firmara, sin ningún tipo de asesoría, no le hicieron ninguna proyección del valor que le correspondería como mesada pensional; que, lo único que les habían dicho en la reunión grupal, era que el Seguro Social se iba a terminar, que, con el Fondo, las pensiones eran más altas, y que, de pronto se podrían pensionar antes de cumplir la edad mínima; afirma que, tampoco había recibido asesoría por parte del Seguro Social, y confió en que era una obligación de todos los trabajadores, pasarse a la AFP PORVENIR S.A.; dijo que el señor Jairo González Tique, quien trabajaba en recursos humanos, les decía que era obligación que se cambiaran de Administradora de pensiones, y había rumores, respecto a que si no firmaba lo podían sacar del trabajo; señaló que el formulario de afiliación no fue diligenciado por ella, y no sabe de dónde pudieron obtener esa información; en relación con los aportes voluntarios, dijo que su empleador, les había flexibilizado el salario y que iban a tener un ahorro en el Fondo de empleados y que les daban una ganancia cada 6 meses, nunca le dijeron que era para mejorar su pensión.

Por su parte, el representante legal de la AFP PORVENIR S.A., dijo en el interrogatorio de parte absuelto en el proceso, que, los asesores estaban en la obligación de suministrarle información acerca del RAIS, a los posibles afiliados y se perfeccionaba con la suscripción del formulario de afiliación, dentro de lo cual estaba contemplado que informaran las características del régimen; explicó que, son muchos los factores que pueden incidir en la configuración del monto de la mesada pensional; que, para el año 1996, no era un secreto para nadie, la crisis financiera del Instituto de Seguro Social y que, posiblemente tal situación fue expuesta por lo asesores.

Adicionalmente, declararon en el proceso, JAIRO GONZÁLEZ TIQUE, quien manifestó que, para el 6 de mayo de 1996, estaba trabajando con la Organización Sanitas Internacional, era subgerente de administración de salarios, que, nunca les indicó a los empleados a qué Administradora de pensiones debían afiliarse, no recuerda haber tenido una conversación individual con la demandante, para insinuarle a que AFP debía afiliarse, tampoco la presionó al respecto, ni a ella, ni a ninguno de los trabajadores de la Organización, que para la afiliación a los distintos regímenes pensionales, hacían unas capacitaciones que tenían que ver con normas, política, y una parte específica donde se hablaba del RPM y RAIS, pero, en términos generales, y, era grupal, no ha un trabajador en particular.

CLAUDIA ROJAS FALY, dijo ser compañera de trabajo de la demandante, y que en la Organización donde trabajaban, hacían charlas grupas informativas, donde asesores de los Fondos privados les indicaban que el Seguro Social estaba en quiebra, que en las AFP se podían pensionar cuando quisieran, que en caso de fallecimiento los hijos se quedaban con el dinero, fue una información muy básica, de 15 a 20 minutos, donde no formulaban preguntas; que los datos del formulario, cree que los suministraban en recursos humanos, porque, en el caso particular de la testigo, ella no recuerda haberle dado al asesor, ningún dato personal; no sabe si la empresa les pidió a los trabajadores realizar aportes voluntarios; que, no estuvo presente cuando la actora, suscribió el formulario, que los trabajadores más jóvenes continuaron en el Seguro Social y los antiguos se trasladaron.

MARÍA EUGENIA SUÁREZ GAMBOA, también compañera de trabajo de la demandante, dijo que, la Organización donde trabajaban les hicieron una reunión con el asesor de la AFP PORVENIR S.A., donde les informaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, por lo que, la mejor opción era trasladarse al Fondo privado, porque iban a quedar con una mejor condición salarial, pero no les dieron los datos exactos ni les hicieron una proyección, creyeron que era la mejor opción y por eso gran parte de los trabajadores se trasladaron.

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 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 FANNY MARGOTH FARFÁN CORTÉS, 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 AFP PORVENIR S.A., el 6 de mayo 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.

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, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A el 6 de mayo de 1996, 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 03 de diciembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia, promovido por **FANNY MARGOTH FARFÁN CORTÉS** 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 **FANNY MARGOTH FARFÁN CORTÉS** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, el 6 de mayo de 1996, 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 GAYTÁN
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: 110013105028201800093-01

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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 07 de octubre de 2020 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA RUTH CAMBEROS DÍAZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A**; no sin antes reconocer personería 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 359 a 361 vto; de igual manera se procede reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de Porvenir S.A a la doctora Angelica María Cure Muñoz y como apoderado sustituto al doctor Daniel Felipe Ramírez Sánchez en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 367 a 373 vto.

ANTECEDENTES

MARTHA RUTH CAMBEROS DÍAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS

PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., para que, se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, así como de los cambios de administradora efectuados una vez vinculada a dicho régimen; en consecuencia, se condene a OLD MUTUAL, a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con sus rendimientos financieros; que, se ordene a COLPENSIONES, aceptar su afiliación al RPM; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas procesales, incluyendo las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 31 de octubre de 1960; que, estuvo cotizando a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, desde el 12 de noviembre de 1979 hasta el 31 de marzo de 1980; igualmente, cotizó al extinto Seguro Social, del 24 de junio al 01 de agosto de 1985; que, en noviembre de 1994 ingresó a laborar para la Fiscalía General de la Nación, seccional Cundinamarca, y, por una mala e irregular asesoría, al momento de su ingreso, fue abordada por un asesor de COLFONDOS S.A., quien le indicó que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, por lo que se trasladó al RAIS.

Refiere que, posteriormente y con fundamento en una asesoría brindada de manera verbal, el 1 de marzo de 2009, se cambió a la Administradora OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS, donde le garantizaron una mejor pensión, acorde a los salarios con los que venía cotizando; que, el 09 de agosto de 2017, solicitó a esa AFP, información sobre el valor aproximado de su pensión de vejez, pudo advertir que la misma no se corresponde con sus expectativas y los ofrecimientos hechos al trasladarse de régimen pensional, por lo que solicitó la nulidad de su traslado a las demandadas, quienes le dieron una respuesta negativa al respecto (fls. 3-13).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, 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.

OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fls.108-123).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS S.A., propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la innominada o genérica (fls. 204-228)

COLPENSIONES, 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. 238-248).

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. 265-283).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 07 de octubre de 2020, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS; en consecuencia, declaró que la actora, se encontraba válidamente afiliada al RPM, administrado por COLPENSIONES; condenó a OLD MUTUAL 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 a 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 COLFONDOS 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 esa 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, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLFONDOS S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, indicó que, siendo el proceso valorado bajo la figura de la ineficacia y no de la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora, nunca realizó actos que manifestaran su inconformidad de pertenecer al RAIS, al contrario aceptó sus condiciones, pues, hizo tres traslados horizontales; que, con el considerable paso del tiempo discutiblemente su traslado de régimen pensional, se encuentra ratificado; que, la atora ejecutó lo acordado en el contrato inicial de traslado y con lo pactado con las demás Administradoras a las que se afilió con posterioridad.

OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS, manifestó que, siendo la actual Administradora del Fondo de pensiones de la demandante, no se opone a la ineficacia del traslado, sin embargo, si lo que se pretende es

retrotraer las cosas, como si éste nunca hubiese sucedido, es necesario analizar que los gastos de administración son una imposición normativa, que en caso de mantenerse la orden de devolución, afectarían directamente el patrimonio de esa AFP, pese a que los mismos fueron descontados como contraprestación a su gestión, en razón al marco regulatorio que crea las Administradoras Privadas de pensiones, y que, además, están también destinados al pago de una póliza para cubrir los riesgos de invalidez y muerte; que, los rendimientos generados en el RAIS, son superiores a los del RPM, por lo que, la actora estaría incurso en un enriquecimiento sin justa causa, al recibir no sólo las cotizaciones, con sus rendimientos, sino también los gastos de administración, que no van a contribuir en su derecho pensional; que si, como consecuencia de la ineficacia, debe entenderse que la actora nunca se trasladó al RAIS, tampoco deberían trasladarse los rendimientos, pues, ellos no se hubiesen generado de no haberse cambiado de régimen.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, argumentó que, la demandante, no es beneficiaria del régimen de transición, se encuentra inmersa en una prohibición legal, no se encontró probado dentro del plenario la existencia de algún vicio que afectara la eficacia del negocio jurídico celebrado con esa Administradora, por el contrario a través de la autonomía de la voluntad, la actora, realizó tres cambios de AFP; que, con relación a la condena en costas, debe tenerse en cuenta que COLFONDOS S.A., siempre actuó de buena fe, razón por la cual carece de fundamento dicha condena, cuando en su momento actuó conforme se lo exigía el marco regulatorio vigente para la fecha.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora, solicita tener un Incólume cada una de las decisiones tomadas por el fallador. 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. 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 y en los recursos de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL SKANDIA

PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, 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 cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iii) si procede la orden de devolución de gastos administración; y iv) si es válida la imposición de costas en Primera Instancia, a cargo de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

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, afiliación al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA suscrito el 31 de enero de 2009 (fl. 16 y 124); científica do de información laboral para bono pensional (fls. 17-17-20); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 21); solicitudes presentadas por la demandante a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., con sus respectivas respuestas (fls. 22-37 y 153-168); historia laboral consolidada de la actora en OLD MUTUAL (fls. 38-42 y 144-152); reclamaciones de nulidad del traslado presentadas ante COLFONDOS S.A y COLPENSIONES, con la contestación dada por esas Administradoras negando tal petición (fls. 13-56); estado de cuenta individual de la demandante en OLD MUTUAL (fls. 125-143); consulta SIAF (fl. 229 y 284-285); certificación de traslado de aportes expedida por COLFONDOS S.A. (fls. 230-232); expediente administrativo de la actora en COLPENSIONES (CD fl. 256); formulario

solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., diligenciada el 16 de mayo de 1997 (fl. 286); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls.287-311); certificación de la cuenta de ahorro individual y traslado de valores expedida por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 312).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvieron interrogatorio de parte, las representantes legales de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, quien indicó que, para la fecha del traslado de regimen pensional de la demandante, todos los asesores de esa Administradora, contaban con la información legalmente requerida y la misma era suministrada a cada una de las personas que se acercaban a esa AFP, para solicitar información respecto al traslado al RAIS; que, no cuentan con ningún documento que prueba la capacitación o asesoría brindada en esos momentos a los afiliados, ya que para 1994, no se exigía llevar dicha documental, como tampoco cuentan con información respecto a la hoja de vida de quien realizó la afiliación de la demandante. Por su parte, la representante legal de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., señaló que, los asesores comerciales de esa AFP, suelen tener experiencia en ventas y a veces son profesionales comerciales, que, adicionalmente reciben capacitación por la Administradora, en lo que refiere a los productos de la Compañía, por lo que, el asesor que participó en la afiliación de la actora, debía tener conocimientos específicos en el portafolio de pensiones obligatorias.

Igualmente, la demandante, informó al absolver interrogatorio, que, en 1994, cuando estaban en auge las Administradoras privadas de pensiones, fueron a su oficina asesores de COLFONDOS S.A., quienes les informaron a ella y otros compañeros, que el ISS se iba a terminar y CAJANAL ya no iba a pagar pensiones; que, en su caso particular, ella recibiría un bono que no sería inferior a \$200.000.000,00; además que, como será un ahorro, ella tendría la oportunidad de retirar parte de ese dinero para utilizarlo en otras situación, que se podría pensionar a cualquier edad y que ésta sería igual y hasta más alta que la del Fondo Público, ya que, iba a ganar muchísimos intereses; que, ella tenía conocimiento de los requisitos para pensionarse en el RPM, no recibió extractos, ni asesoría por parte de COLFONDOS S.A., no realizó aportes voluntarios; que firmó el formulario de traslado de régimen pensional de forma libre y voluntaria, pero basada en la buena fe y la información que le brindaron; que, se cambio de Administradoras en el RAIS, básicamente porque cada una de ellas, le ofreció mejores intereses y que el bono pensional se lo iban a pagar en efectivo, además que, podría hacer retiros parciales de la pensión; que, OLD MUTUAL le ofreció ventajas y beneficios superiores a cualquier fondo de pensión, insistiéndole en que le darían el valor del bono pensional para utilizarlo de manera independiente, pero, solo le explicaban eso, mientras iban diligenciado documentos; que, su cambio a la AFP PORVENIR S.A., se produjo en las mismas circunstancia, llegó un asesor a su oficina, le ofreció mejores beneficios, nunca le explicaron las implicaciones de su decisión y ella partiendo del principio de la buena fe, confió y firmó el formulario de cambio de AFP; que como abogada, se especializó en el derecho penal, y nunca se interesó por estudiar a fondo del tema pensional.

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 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 MARTHA RUTH CAMBEROS DIAZ, 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 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 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., el 28 de octubre 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. y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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.”*

En relación con la inconformidad de la OLD MUTUA SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., 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)

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. PENSIONES Y CESANTIAS, 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.

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 07 de octubre de 2020, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARTHA RUTH CAMBEROS DIAZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

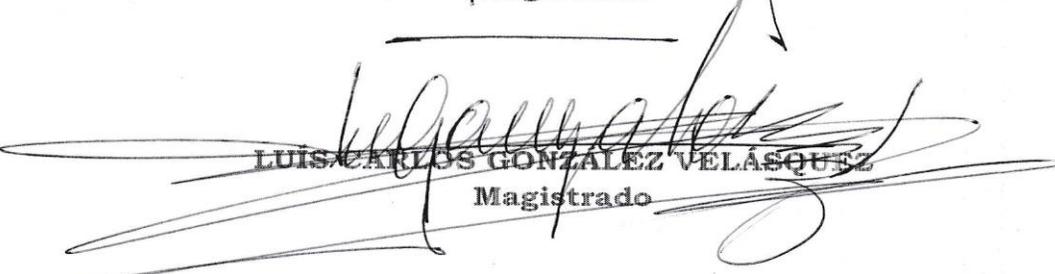
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia 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: 110013105005201800370-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de 2022 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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LIBIA MYRIAM MORENO LÓPEZ** 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 al para actuar como apoderado de la administradora colombiana de pensiones –COLPENSIONES- al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como sustituto a el doctor Jhon Ferney Patiño Hernández, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 13 vto al 17.

ANTECEDENTES

LIBIA MYRIAM MORENO LÓPEZ, 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 OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS 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 SKANDIA hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS; se condene a la Administradoras de fondos privados de pensiones a trasladar a COLPENSIONES, los bonos pensionales y demás valores existentes en su cuenta individual, con el respectivo cálculo

actuarial, rendimientos financieros, intereses, y demás sumas cobradas por servicios financieros; ordenando a COLPENSIONES, a recibir dichos valores; y condenando a las demandadas al pago de las costas procesales

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 29 de marzo de 1960; que, se afilió al ISS el 23 de mayo de 1984 hasta el mes de junio de 2003, cuando se trasladó al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A., administradora, que, no le informó acerca de las consecuencias de dicha decisión, ni le presentó solicitud formal en la que constara que la selección de régimen pensional le había tomado exenta de error, fuerza o dolo; que, fue el asesor comercial de la AFP PORVENIR S.A., quien le diligenció el formulario de solicitud de vinculación, y no informó las ventajas y beneficios que tendría seguir cotizando al RPM, por el contrario le dijo que de no trasladarse perdería los aportes efectuados al ISS, ante su inminente desaparición, ya que, el Gobierno Nacional, no podía garantizarle hacia futuro el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, mientras que en el RAIS, obtendría una pensión mejor y a los 55 años.

Refiere que, el 30 de enero de 2009 se cambió administradora de pensiones SKANDIA hoy OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., La que tampoco le brindó una asesoría acerca de las ventajas y beneficios que tendría y la posibilidad de retornar al RPM; que, el 29 de marzo de 2018 esta última administradora le entregó el cálculo de la pensión que recibiría en el año 2020 al cumplir los 60 años de edad la cual ascendía a al salario mínimo legal mensual vigente, ingreso muy por debajo de los salarios recibidos como promotora comercial (fls. 39-48 y 54-63)).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS 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.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fls. 147-160).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica (fls. 200-208).

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 innominado o genérica (fls. 259-277).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de junio de 2020, el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad del traslado efectuado por la demandante al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A.; ordenó a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., trasladar a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones efectuadas, con los rendimientos frutos e intereses y COLPENSIONES, recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral; declaró no probadas la excepciones propuestas por las demandadas, condenando en costas a la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, en el proceso no se demostró por parte de las Administradoras de Fondos de pensiones del RAIS, haber cumplido, al momento del traslado de la demandante, de régimen pensional, con el deber de información suficiente, clara y oportuna; dándole a conocer la mitad del negocio jurídico, ya que, sólo se le dieron a conocer las ventajas; además, de incumplir el deber de avisarle a la actora, antes de cumplir los 47 años de edad, la posibilidad que tenía de retornar al RPM; advirtiendo un error de hecho, en el objeto del contrato, en el cual la demandante, creyó haber adquirido lo que no era, que iba a pensionarse con una suma superior; error de hecho que, sería saneable si las AFP, hubiesen demostrado, con material probatorio conducente, a la demandante, a pesar de habersele informado las consecuencias, se hubiese mantenido en el RAIS, cosa que no ocurrió.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de COLPENSIONES y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, solicitó que se revoqué la decisión del Juez de Primer Grado, por encontrarse la demandante, válidamente afiliada al RAIS, no acredito que su traslado haya estado viciado por error, fuerza o dolo, ya que, firmó el formulario de afiliación, aceptando las condiciones del régimen que escogió; presentándose un error de derecho, por estar ese régimen pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, norma debidamente aprobada y vigente; afirma que, no puede la actora retornar al RPM, comoquiera que, le faltan menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez; que, las consecuencias del negocio jurídico suscrito entre la demandante y la AFP PORVENIR S.A., no pueden ser endilgadas a COLPENSIONES; que, la señora MORENO LÓPEZ, ratificó su decisión de permanecer en el RAIS, cuando se trasladó en el año 2006 de la AFP PORVENIR S.A. a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS; considera que, la demandante estaba en la obligación de probar la falta de

información y la existencia de un vicio del consentimiento, faltando al objeto de cuidado de la actora, por no verificar periódicamente su estado pensional, consultando los beneficios, características, ventajas, desventajas de cada régimen y cuál le convenía; asegura que, de aceptar el traslado de la demandante, se estaría contribuyendo a la descapitalización del fondo común, pues aunque se trasladan los dineros que se encontraban en su cuenta de ahorro individual, no es rentable y pone en desventaja a las personas que si permanecieron en el RPM, quienes financiarían su mesada pensional.

Por su parte, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS**, solicitó revocar las condenas en costas impuestas en su contra, considerando que siempre ha obrado de buena fe, dentro de los pronunciamientos legales y jurisprudenciales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora que se confirme el fallo y se condene en costas a las demandadas en razón a que documentos contentivos del traslado, tenían una apariencia de legalidad, que se desvirtuó con la nulidad decreta. Entre tanto, SKANDIA peticiona que se revoque parcialmente la sentencia en cuanto a que no participo ni intervino en el momento de selección de régimen siendo PORVENIR S.A. a quien le corresponde la carga de la prueba, ni tampoco le corresponde la obligación del pago de las costas. Finalmente, COLPENSIONES pide se revoque la sentencia porque dentro del proceso no se logró demostrar algún vicio del consentimiento, puesto que las pruebas allegadas y del interrogatorio dado por la misma demandante, se entiende que fue quien suscribió el formulario y decidió trasladarse permaneciendo RAIS por más de 15 años, además de ello se encuentra en la prohibición legal del artículo 2 de la ley 797 de 2003.

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, i) 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; ii) si con dicha decisión se ve afectada la estabilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; y, iii) si procede la condena en costas impuesta a la demandada 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 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.»

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 sentido, al plenario se allegaron reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, historia laboral de la demandante en OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (fls.12-21, 162-163 y 168-191 PDF); solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., suscrita el 26 de junio de 2007 (fls. 22-23 y 280 PDF); afiliación al fondo de pensiones obligatorias Skandia, del 15 de mayo de 2006, efectiva a partir del 1 de julio de 2006 (fl. 24 y 165 PDF); relación historia de movimiento de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 25-26 PDF); historia laboral para reclamar bono pensional tipo A, emitida por OLD MUTUAL (fls. 27-32 PDF); afiliación al fondo de pensiones obligatorias Skandia, suscrito el 30 de enero de 2009, efectiva a partir del 1 de marzo de 2009 (fls. 34-35 y 164 PDF); certificado de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 36, 278 y 289 PDF); solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., del 4 de febrero de 2003 (fl. 38 y 279 PDF); reclamación administrativa y respuesta negativa de COLPENSIONES (fls. 79-83 PDF); solicitudes de nulidad de traslado presentadas ante las AFP demandadas, con su respectiva contestación (fls. 84-93, 195-198 y 287-288 PDF); consulta SIAF (fl. 167 y 282 PDF); relación de aportes en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 284-286 PDF)

Igualmente, al absolver interrogatorio de parte, la demandante, indicó que, no recibió información completa al momento de su traslado de régimen pensional, porque el asesor comercial, fue masivo dentro de la empresa

donde ella trabajaba, y lo hicieron con la convicción de la terminación del Instituto de Seguro Social, y que, por eso habían salido las nuevas empresas de pensiones, donde tenía una pensión asegurada y más beneficiosa, le dijeron que los aportes efectuados en el ISS, los llevaban como un bono a futuro; aseguró que la asesoría fue en grupo más de 20 menos y no duró más de 20 minutos; que, se cambió de la AFP PORVENIR S.A., a SKANDIA, porque le dijeron que era la mejor Administradora de Pensiones, para los asalariados con buenos ingresos, los cuales le ofrecían sostener en el tiempo, y luego retornó a la AFP PORVENIR, porque OLD MUTUAL estaba cambiando y decían que se iba a ir del país, que iba a desaparecer; que, firmó los formularios, pero nunca le aclararon las adversidades en la que se encuentra hoy en día.

También declararon en el proceso, HUGO ALBERTO LÓPEZ, compañero de trabajo de la demandante, dijo que en la empresa donde trabajaban una reunión y les dijeron que se iba a acabar el Seguro Social, que se pasaran para la AFP PORVENIR, que la pensión les iba a salir más rápido, en 20 años, firmaron y ya, no se habló nada más, eran como unas 50 personas; ANA ESPERANZA MORENO LÓPEZ, hermana de la demandante, quien trabajaba con ella, asegura que hubo una reunión, donde trabajaban, Estufas Continental, que era una empresa familiar, les ofrecieron un traslado en grupo, porque el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, que les ofrecían una mejor rentabilidad, que como era privada, tenía más soporte, y les correspondería una mejor pensión.

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 LIBIA MIRYAM MORENO LÓPEZ, 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 como afirma la

apoderada de COLPENSIONES, en su recurso, 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 SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 4 de febrero de 2003, 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 26 de junio 2007 a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 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 la apoderada 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 apoderada de OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en cuanto a la condena en costas, basta indicar que, estas 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 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 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 30 de junio de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LIBIA MIRYAM MORENO LÓPEZ** 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.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

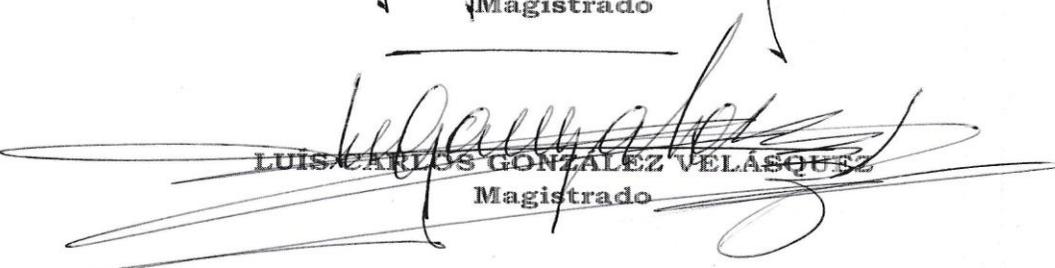
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

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: 110013105029201900538-01

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 02 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SANDRA MÓNICA JIMÉNEZ MEDINA** 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**; 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 325vto al 328vto

ANTECEDENTES

SANDRA MÓNICA JIMÉNEZ MEDINA, 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, previa declaración de anulación por ineficacia de su afiliación y traslado al RAIS, ante la omisión del deber

profesional de información por parte de la AFP PORVENIR S.A.; se ordene su traslado a COLPENSIONES, como si nunca se hubiese ido de dicho régimen; ordenando a la AFP PORVENIR S.A., la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones, pensionales, con todos los rendimientos que se hubiesen causado, gastos de administración o cualquier otro concepto, debiendo asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión; igualmente, pide que, en caso de reconocimiento de la pensión de vejez, por parte de la AFP PORVENIR S.A., esta se le continúe cancelando hasta tanto COLPENSIONES, asuma el pago del derecho pensional y sea incluida en la respectiva nómina; que, se reconozcan los derechos ultra y extra petita y se condene a las demandadas, al pago de las costas procesales, incluyendo las que se impongan por excepciones previas, incidentes o nulidades decididos en su contra.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, se afilió al Instituto de Seguros Sociales, el 11 de noviembre de 1992; sin embargo, debido a la publicidad y gestión de las AFP, el 18 de enero de 1995, se trasladó al RAIS, administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; Fondo que a través de su representante o promotor, se limitó a llenar un formato preestablecido, sin entregarle información, completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría RAIS, ni las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPM; tampoco le entregaron una proyección o comparativo del valor de su pensión en uno y otro régimen; que, nada se le advirtió sobre qué edad debía cotizar en el RAIS y durante cuánto tiempo; menos aún se le explicó cuánto capital ahorrado se le exigía para pensionarse con el salario mínimo; ni que tenía la posibilidad de retractarse de dicho traslado.

Refiere que, se cambió a la AFP PORVENIR S.A., donde tampoco recibió una asesoría al momento de su afiliación; que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su afiliación, obteniendo respuesta negativa a su solicitud; que, al efectuar la proyección de lo que sería su mesada pensional en el RAIS, le correspondería la suma de \$781.242, mientras que, en el RPM, sería de \$1.938.507, diferencia que le generaría un grave perjuicio a sus ingresos económicos (fls. 210-245).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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 inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras

excepciones que se pueda reconocer de oficio por el Juez y se encuentre probada y prescripción (fls. 297-301)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se allanó a la demanda, razón por la cual no se opuso a las pretensiones, salvo lo relación con las costas del proceso, que solicitó no le fueran impuestas en caso de acceder a lo solicitado por la actora en la presente acción (fl. 309).

De otra parte, por auto del 11 de marzo de 2020, se tuvo por no contestada la demanda, por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (fl. 311).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de septiembre de 2020, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que hiciera la demandante, ante COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, el 18 de enero de 1995; 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 de la actora, por concepto de cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, concediéndole el término 30 días siguientes a la ejecutoria de dicha decisión; 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, a la demandante, al momento de su traslado al RAIS, los asesores de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, 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.313-315).

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 la demandante, inicialmente no fue a la AFP PORVENIR S.A., sin embargo es la directamente afectada con la declaración de ineficacia del traslado, pues, es condenada a la devolver todos los valores que ésta posee en su cuenta de ahorro individual; pese a que, al momento en que la demandante, decidió

trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., recibió una asesoría completa veraz y oportuna, firmando un nuevo formulario de afiliación, que no fue tachado de falso por la parte demandante; sin que la parte demandante, alegada o probara dolo en la actuación de esa Administradora; además que, la demandante, no puede retornar al RPM, pues, está inmersa en la prohibición legal para ello, por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; indica que, la decisión impugnada, genera un detrimento económico al RAIS, por un negocio jurídico en el que sí hubo la suficiente información, y que, de manera primigenia se realizó con otra Administradora; que, durante el tiempo que la actora, lleva afiliada a la AFP PORVENIR S.A., ha recibido extractos y cuenta con todos los canales de información para que en caso de duda con su futuro pensional hubiese validado dicha información, pero que nunca utilizó.

En cuanto a los valores que deben devolverse, en caso de confirmar la decisión apelada, señala que, no procede el reintegro de los gastos de administración, debido a que no hacer parte de la pensión y pertenecen al fondo privado, producto de su gestión. (CD fl.315)

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicita 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. de igual manera, 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.

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 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 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 (fls.10-13); petición de nulidad de traslado presentada a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y su respectiva respuesta (fls. 14-15); solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, suscrita el 18 de enero de 1995 (fl. 16); petición de nulidad de traslado presentada ante la AFP PORVENIR S.A., con su correspondiente contestación (fls. 18-23); formulario de solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR, diligenciado el 29 de abril de 2005 (fls. 21 y 24); relación de aportes de la demandante, a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 25-28); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A., de donde se extrae que, a la edad de 57 años, la demandante, recibiría como mesada pensional, la suma de \$781.242 (fls. 31-32); reclamación administrativa radicada ante COLPENSIONES, el 6 de noviembre de 2018, junto con la respuesta negativa (fls. 33-35); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 296).

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada 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 actora, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, el 18 de enero 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 el posterior cambio de Administradora, a la AFP PORVENIR S.A, el 29 de marzo de 2005, 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.”.

Finalmente, dado que la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin descuento alguno, refiriéndose específicamente a 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 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 02 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, proferida dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia promovido por **SANDRA MÓNICA JIMÉNEZ MEDINA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** 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.

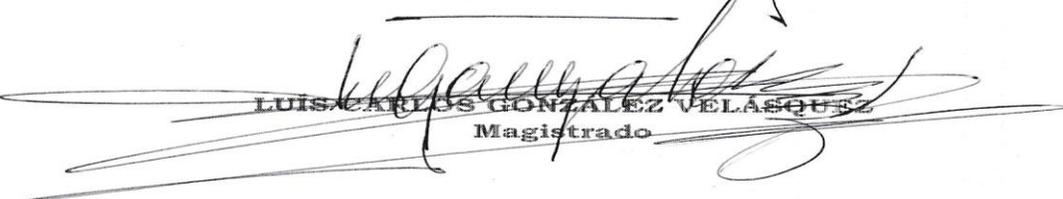
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

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: 110013105008201900004-01

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 OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 1 de julio de 2020, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MÓNICA ELSY CERTAIN PALMA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; no sin antes reconocer personería 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 203 vto al 206 vto.

ANTECEDENTES

MÓNICA ELSY CERTAIN PALMA, 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 OLD MUTUAL hoy SKANDIA

PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, previa declaración de nulidad de su traslado al RAIS, efectuado inicialmente a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A., y luego a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se condene a esta última a realizar el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional; ordenando a COLPENSIONES recibir dichos valores; además de reconocer lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació e 16 de julio de 1963; que, desde el 16 de febrero de 1987 se afilió al Régimen de Prima Media, a través de su empleador Palmar del Oriente Ltda., hasta enero de 1996, cuando un promotor comercial de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A., la traslado al RAIS, sin informarle de manera clara, cierta, suficiente y oportuna las características del RAIS y el RPM; tampoco le indicó cómo se causaba la pensión de vejez, en uno y otro régimen, no le efectuó una simulación pensional, en la que se estableciera la tasa de reemplazo sobre el salario base de liquidación al momento de realización la vinculación y traslado; que, posteriormente, se cambió de Administradora de Pensiones a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, donde solicitó el trámite de su bono pensional, sin obtener ninguna respuesta al respecto.

Refiere que solicitó a su traslado a COLPENSIONES, pero dicha petición fue negada, por cuanto se encontraba a menos de 10 años para pensionarse; que, igualmente elevó petición a la AFP PORVENIR S.A., solicitando entre otras copia del formulario de traslado suscrito en enero de 1996, reposando en esa administradora únicamente el suscrito el 26 de septiembre de 2003, razón por la cual no pudo obtener el formulario inicial del traslado efectuado a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS; que, realizadas las proyecciones del valor de su mesada pensional en el RAIS, le correspondería una suma bastante inferior a la que se reconocería en el RPM; que, agotó la reclamación administrativa (fls. 3-36)-

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica (fls. 98-105 y 183-184).

OLD MUTUAL hoy **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fls.126-132).

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.158-167).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de julio 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 OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., limitó su inconformidad a la devolución de los gastos de administración, argumentando que tal concepto es un cobro autorizado por ley, como contraprestación a su gestión como Administradora; además, si la idea es retrotraer todo al estado anterior al traslado de la demandante, se debe tener en cuenta que en el RPM, no se generan rendimientos, entonces, tampoco procedería su devolución, sin embargo, la AFP, no se opone a ello; pero si a la entrega de los gastos de administración, por constituir un enriquecimiento sin justa causa por parte de COLPENSIONES y un detrimento para la AFP, que durante el tiempo de afiliación de la actora, cumplió con su encargo.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, indicó que, no compartía el análisis de los medios de prueba, pues, no se tuvo en cuenta que para el momento en que la demandante, se trasladó de régimen pensional la única exigencia normativa era la suscripción del formulario de vinculación, por lo que, pretender que las AFP, presente documentos diferentes, constituye una carga imposible de cumplir; que, no se efectuó un estudio adecuado de interrogatorio de parte, porque la demandante, manifestó conocer las características de uno y otro régimen, y que, los traslados horizontales, fueron motivados por la rentabilidad que podía obtener en las distintas Administradoras; además, la motivación del cierre el Instituto de Seguros Sociales, en nada pudo afectarla cuando ella se encontraba vinculada a la Caja de Previsión Social del Distrito; sin que, la diferencia en el monto del valor de la mesada pensional, sea justificación válida para declarar la ineficacia de su traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la confirmación de la providencia porque 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

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 COLPENSIONES y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy 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 PROTECCIÓN; 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 historia laboral consolidada de la demandante, en OLD MUTUAL (fls.38-42 y 136-140); simulación del valor de la pensión en el RAIS (fls.54-55); reclamación administrativa presentada ante COLPENSIONES y su correspondiente respuesta negativa (fls. 56-64); expediente administrativo de la demandante en COLPENSIONES (CD fl.111); formulario de afiliación al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA, diligenciado el 28 de mayo de 2019 (fl. 133); liquidación historia laboral Oficina de Bonos Pensionales (fl. 134-135); estado de cuenta de la actora en OLD MUTUAL Fondo de Pensiones Obligatorias (fls.148-154); solicitud de vinculación o traslado de la demandante a la AFP PORVENIR S.A., suscrita el 26 de septiembre de 2003 (fl.168 y 180); consulta SIAF (fl. 169); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 170-175).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, indicando que, para 1996 ella se encontraba trabajando para el Distrito, y por tanto, estaba afiliada al fondo de pensiones distrital sin embargo al acabarse este Fondo, entran en funcionamiento las Administradoras privadas de pensiones, quienes le manifestaron que el Seguro Social iba a ser liquidado, y que por las condiciones particulares de rentabilidad, le convenía trasladarse de régimen pensional; que, el área de Talento Humano, permitió el ingreso de los asesores a las instalaciones, los asesores revisaban las hojas de vida y particularmente en el caso de ella le dijeron que lo más conveniente era pasarse al fondo privado porque tenía una rentabilidad y era más favorable para sus intereses, sin explicar las diferencias entre los dos regímenes pensionales, insistiendo siempre en la rentabilidad y el cierre del Seguro Social; que se trasladó a SKANDIA, porque un asesor le dijo que, en materia de rentabilidad ni HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS , ni la AFP PORVENIR S.A., estaban haciendo las cosas bien y por eso era mejor que se cambiara a esa AFP, porque ni siquiera le habían tramitado el bono pensional; asegura que, era una competencia entre las Administradoras, donde todos hablan mal de la otra, y que, con el argumento de la rentabilidad, y ella actuando de buena fe, en 5 minutos máximo firmó su traslado.

Por su parte, el representante legal de la AFP PORVENIR S.A., señaló en el interrogatorio de parte absuelto que, el traslado inicial de la demandante fue a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, y la fusión de administradora se produjo en el año 2014, sin embargo, es sabido que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los asesores de las Administradoras privadas de pensiones, estaban en la obligación de dar información precisa veraz y suficiente, de todo lo que, para ese momento se sabía del RAIS; que, dicha información se daba a medida que se arrollaba el diálogo con el usuario, en primer término, se le solicitaba la cédula de ciudadanía para verificar que no perteneciera al régimen de transición, pues, de no ser parte de éste, y estar apenas comenzando una vida laboral no era posible hacer proyecciones.

Así las cosas, del anterior material probatorio, contrario a lo expuesto por el apoderado de COLPENSIONES, sí puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba 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 a la señora MÓNICA ELSY CERTAIN PALMA, 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.

De ahí que, 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 activa a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A., el 1 de enero 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 los posteriores cambios de Administradora, a ING S.A, AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA 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 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.”*

Finalmente, dado que el apoderada de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 1 de julio de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MÓNICA ELSY CERTIAN PALMA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

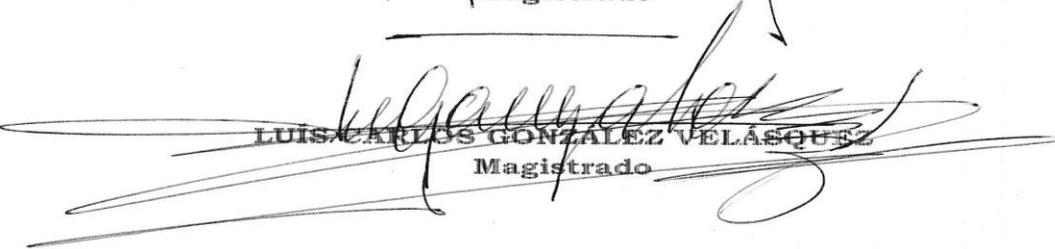
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL 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: 110013105020201900255-01

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 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 28 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS BERNARDO BOTERO MERINO** 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 COLPENSIONES a la doctora Claudia Liliana Vela y como apoderado sustituto al doctor Gustavo Enrique Martínez Gonzalez, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 7 vto al 13. Se reconoce personería adjetiva a la Dr. 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 de la sociedad PROVENIR S.A.

ANTECEDENTES

LUIS BERNARDO BOTERO MERINO, 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, se declare la anulación por ineficacia de su afiliación y traslado al RAIS, ante la omisión de la AFP PROTECCIÓN 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 13 de abril de 1982, 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 23 de agosto de 1994 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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, con posterioridad se afilió a la AFP PORVENIR S.A., ante quien solicitó 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 \$4.107.942, mientras que, en el RAIS, su valor sería de \$2.903.762, generándose una diferencia por la que dejaría de percibir \$1.204.180 (fls. 3-40 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN 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 improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fls. 360-377 PDF).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en esa AFP, declaración de manera libre y espontánea del demandante, al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., inexistencia de perjuicios, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de devolver el seguro provisional 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 y la excepción genérica (fls. 422-441 PDF).

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. 506-526 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de septiembre de 2020, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS, administrado por PROTECCIÓN, así como su posterior afiliación a la AFP PORVENIR; igualmente, declaró a COLPENSIONES, como la Administradora a la cual el señor BOTERO MERINO se encuentra válidamente afiliado; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensión, junto con los rendimientos causados, incluyendo comisiones e intereses, sin descontar gastos de administración, con destino a COLPENSIONES; así mismo, dispuso el a-quo, que en caso de existir saldos a favor del actor, en PROTECCIÓN, debe trasladarlos a COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones de propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, era escaso el material probatorio que aportaron las demandadas, para controvertir los hechos de la demanda, por lo que, al incumplir el deber de la carga dinámica de la prueba, sólo se podía concluir que faltaron al deber de información y por ello, no les era válido realizar el cambio de régimen pensional al demandante; aclarando que el formulario suscrito, para su afiliación, apenas constituye una manifestación del consentimiento del trabajador, pero no es prueba de haber sido debidamente informado respecto a las implicaciones que tendría su decisión.

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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita revocar en su totalidad de la decisión del Juez de Primer Grado, pues, la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo se puede declarar cuando se encuentra demostrado un cercenamiento o limitación a la libertad de selección o escogencia de régimen, constreñimiento que no quedó acreditado en el presente proceso; reconociendo el demandante, dentro del proceso que firmó el formulario de traslado y afiliación de manera libre y voluntaria, y que, ratificó su voluntad de continuar afiliado al RAIS, al efectuar un traslado horizontal, y permanecer, por más de 20 años, en ese régimen, sin manifestar inconformidad alguna; de otra parte, en cuanto a la devolución de los gastos de administración, advierte que esa AFP al recibir, de buena fe, al actor como su afiliado, descontó dichos valores, por lo que, los mismos ya fueron consumidos y ya cumplieron su función, restituirlos a COLPENSIONES, generaría un enriquecimiento sin causa, máxime cuando dichos gastos también son descontados en el RPM, y no es estaría restablecimiento al

demandante, al mismo ha estado en que se encontraba antes de su traslado, sino a uno mejor, con lo que se incumpliría la finalidad de la ineficacia. También pide que se exonere del pago de las costas procesales

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, argumenta que el demandante, no era beneficiario del régimen de transición, que en el año 1994, cuando efectuó su traslado al RAIS, ejerció de manera libre su derecho de selección, y que, además para ese momento no estaba establecida establecido dentro del ordenamiento legal vigente, la condición previa de brindar asesoría, la cual se impuso únicamente para aquellos traslados efectuados a partir del año 2014; considera que si COLPENSIONES, no participó del negocio jurídico celebrado entre el demandante y las AFP demandadas, mal puede asumir las consecuencias del mismo; y que, la condena en costas implica un detrimento patrimonial de la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicita 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 su lado, 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 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 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 AFP PORVENIR S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; y, iv) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa, así como la condena en costas impuesta a las recurrentes.

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 reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 52-55 y 379-382 PDF), solicitud de vinculación a PROTECCIÓN, suscrita el 23 de agosto de 1994 (fl. 60 y 422 PDF), reporte semanas cotizadas en PROTECCIÓN (fls. 61-81 y 457-451 PDF); constancia de traslado de aportes de la AFP PROTECCIÓN a PORVENIR S.A. (fls. 82-83 PDF); historia laboral de la AFP PORVENIR S.A. (fls. 90-114, 132-151 y 530-552 PDF); certificado de afiliación del demandante a PORVENIR S.A. (fl. 115 y 553 PDF); solicitud de vinculación o traslado, formulario único AFP PORVENIR, del año 2013 (fl.116 y 554 PDF); solicitud de nulidad del traslado presentada ante COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., con sus respectivas respuestas negativas (fls.119-131, 527-529 y 555-557 PDF); solicitud de vinculación al fondo de pensiones voluntarias PROTECCIÓN (fls. 443-446 PDF) consulta SIAF (fl. 453 PDF).

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante, absolvió interrogatorio de parte, manifestando que, fue abordado en su lugar de trabajo, por un asesor de PROTECCIÓN, quien, en una charla mínima, les informó a varios trabajadores que se encontraban reunidos ahí, que el Seguro Social, estaba quebrado, que se iba a cerrar, que todos los trabajadores debían trasladarse a los Fondos Privados, también les dijeron que tenían unos beneficios para pensionarse mucho más jóvenes y que si no se pasaban se podían quedar sin pensión; advierte que, esa charla fue muy breve, que, había un grupo grande de personal de la empresa, pasaron a firmar y ya, no puso en duda la información que esa época le dio al asesor creyendo en dicha asesoría, pues, la terminación del Seguro Social, era un tema que se comentaba en todas partes; dijo que, no leyó el formulario de traslado; que, recibió extractos de PROTECCIÓN, pero era demasiado complejos para entender; que, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., los asesores de allí lo atendieron mucho mejor y le inspiraron más confianza, sin embargo, tampoco le informaron o asesoraron de la posibilidad que tenía para poder retornar al RPM, pese a que, para la fecha en que se cambió a esa Administradora, aun podía haber retornado a COLPENSIONES.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por los 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 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 al señor LUIS BERNARDO BOTERO MERINO, 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 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 la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 23 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 sin que el posterior cambio de Administradora, en el año 2013 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 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, 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 fincaron su inconformidad la AFP PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, 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.

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 septiembre de 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUIS BERNARDO BOTERO MERINO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN** 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.

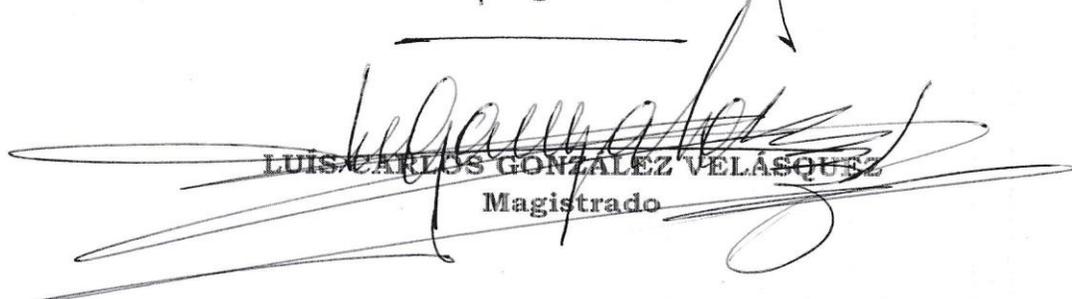
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se 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: 110013105019201900448-01

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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de julio de 2020 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ AMPARO GUERRA PEÑA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, OLD MUTUAL HOY SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora Claudia Liliana Vela y como apoderado sustituta al doctor Elkin Fabián Castillo Cruz , en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 247 al 251.

ANTECEDENTES

LUZ AMPARO GUERRA PEÑA, 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 SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS, por no haber recibido

de los asesores de PROTECCIÓN S.A., información completa, transparente, cierta, suficiente y oportuna de los riesgos que dicho traslado implicaba, sus beneficios, ventajas y desventajas, incurriendo en un incumplimiento al deber de información y falta grave de su responsabilidad profesional; en consecuencia, se condene a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido como consecuencia de su traslado al RAIS, tales como los aportes obligatorios y voluntarios que realizó durante todo el tiempo de permanencia, con sus rendimientos, intereses, bono pensional y los gastos de administración pagados; que, se ordene a COLPENSIONES aceptar sin dilación ni oposición alguna los aportes trasladados, convalidando la historia laboral, que deberá corregir y actualizar, teniéndola como afiliada en el sistema activo del RPM; debiendo conceder las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 4 de julio de 1957; que, estuvo afiliada al RPM, desde el 9 de abril de 1979 y hasta el 31 de mayo de 1996; que, a finales de 1997, se trasladó al RAIS, después que los asesores al servicio de PROTECCIÓN S.A., la contactaran para ofrecerle los servicios prestados por esa Administradora, y, convencida de los supuestos beneficios, se afilió a esa AFP; asegura que, el 26 de octubre de 2015, se cambió a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., sin que ninguno de los promotores de las AFP, a las que estuvo afiliada, le brindaran información de manera transparente, cierta, suficiente y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas de su traslado al RAIS, omitiendo indicarle que el valor de su mesada pensional en ese régimen, podría ser ostensiblemente inferior al que le correspondería de permanecer en el RPM; quebrantando además el deber de buen Consejo y debida diligencia al no presentarle un cálculo aproximado sobre el valor de la mesada pensional que le correspondería en uno y otro régimen.

Indica que, estando próxima a pensionarse, solicitó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Los documentos e información acerca del monto de su mesada pensional, indicándole esa Administradora, que la misma ascendería a la suma aproximada de \$2.395.000 mientras que, en el RPM, sería de \$4.693.084; lo que demuestra el daño irreparable causado por la falta del deber de información de las AFP demandadas, a quienes le solicitó la nulidad de su traslado al RAIS, sin obtener una respuesta favorable al respecto (fls. 3-16)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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.

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. 87-94).

OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fls. 122-127).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración 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 y la innominada o genérica (fls. 161-181).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de julio 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 SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adiciones, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causado, incluidos 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 cuáles 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 SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., indicó que, su recurso era parcial, en cuanto no compartía la condena impuesta respecto a la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que esa Administradora, es un tercero de buena fe, ya que, cuando la actora hizo el cambio de Administradora, PROTECCIÓN S.A., sólo trasladó los aportes obligatorios, más los rendimientos, por lo que, no podría devolver los gastos de administración causados con anterioridad al cambio de AFP; además, debe tenerse en cuenta que los gastos de administración son un descuento autorizado por la ley, y se generan, como consecuencia de la gestión de la AFP, viéndose reflejados en los rendimientos causados a favor del afiliado, por lo que ordenar su devolución, es desconocer el trabajo realizado por la Administradora, causando un enriquecimiento sin justa causa para la demandante, quien no solo se ve beneficiada con los rendimientos, sino que también debe recibir el valor que corresponde a la AFP, por su trabajo, debiendo tenerse en cuenta las restituciones mutuas. Adicionalmente, señala que, tampoco puede hacerse la devolución de los valores correspondientes a los seguros previsionales, que ya fueron consignados a la aseguradora para cubrir una posible contingencia por invalidez o sobrevivencia.

COLPENSIONES, por su parte, 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 o 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, pues, la actora, ha permanecido en el RAIS, por más de 20 años, y ahora retorna, para reclamar un derecho pensional, en un régimen donde no ha contribuido, poniendo en riesgo el equilibrio financiero y el fondo común a través del cual COLPENSIONES, paga las pensiones de sus afiliados. Adicionalmente, pide que, en caso de confirmar la decisión de Primer Grado, se mantenga en firme la decisión de ordenar a la AFP, devolver todos los aportes efectuados por

los accionantes, y 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 requiere se confirme el fallo porque se definió que el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente en tal sentido que no se probó que fue suscrito de manera libre y voluntaria. Entre tanto, COLPENSIONES solicito 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.

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 SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 la PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A.; iii) si el retorno de la demandante al RPM, afecta el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones; 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 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 consolidada de la demandante, en OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (fls 17-20, 131-135); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls.26-30 y CD fl. 208); respuesta negativa dada por OLD MUTUAL, a la solicitud de nulidad del traslado, elevada por la demandante (fls. 31-38, 129-130, 139-145); peticiones elevadas por la demandante ante las demandadas (fls. 61-70, 137-138); formulario de afiliación del fondo de pensiones obligatorias OLD MUTUAL, suscrito el 26 de octubre de 2015 (fl. 80, 128, 146); respuesta negativa de COLPENSIONES a la reclamación administrativa de la actora (fls. 82-83); liquidación historia laboral para bono pensional (fl. 136, 147-151); solicitud de vinculación al Fondo Obligatorio de Pensiones DAVIVIR (fl. 188); consulta SIAF (fl. 189); reporte estado de la cuenta de ahorro individual de la demandante en PROTECCIÓN S.A. (fls. 194-199); respuesta de PROTECCIÓN S.A., a la petición de nulidad

de traslado presentada por la actora (fls. 200-202); detalle de la historia laboral de la demandante en PROTECCIÓN S.A. (fls. 202-207).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, la representa legal de PROTECCIÓN S.A., quien indicó que, la demandante, inicialmente se vinculó a la AFP DAVIVIR, en el año 1998, suscribiendo el formulario de afiliación, luego de una asesoría verbal que se daba para esa época; que, para la época de traslado de la demandante, y actualmente, la AFP, hace visitas a distintas empresas y tacharlas que pueden ser grupales o individuales, para las distintas personas que estén interesadas en afiliarse al RAIS; que, no existe ningún documento adicional al formulario de afiliación que acredite la información brindada a la actora, al momento de su traslado; que, para la época de la afiliación de la demandante e incluso en la actualidad, luego de las asesorías verbales, se suscribe el formulario de afiliación, y en la charla se usan diapositivas o cualquier medio para dar la aplicación, siendo la única constancia de aceptación, el formulario de afiliación; que, esa AFP, tampoco cuenta con un documento que acredite alguna asesoría brindada a la actora, con posterioridad a 1998, salvo los extractos; que, no se le hizo una proyección, porque la afiliada nunca lo solicitó, de acuerdo a su interés propio y plan de vida; que el formulario de afiliación contenía un espacio para el retracto, y Adicionalmente a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, la AFP, efectuó una publicación en un periódico de amplia circulación nacional informándole a sus afiliados la posibilidad que tenían de retornar al RPM, pero no obra soporte de haber informado directamente a la demandante, de esas dos situaciones; que para ingresar a laborar como asesor de PROTECCIÓN S.A., al personal se le exigía un grado técnico y se les capacitaba en la Ley 100 de 1993 y se profundiza en los asesores comerciales, que se validan con evaluaciones.

Por su parte, la representante legal de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, manifestó que la actora, se afilió a esa administradora en el año 2015, cuando tenía 58 años de edad, suscribiendo formulario en el que plasmó su voluntad libre de continuar en el RAIS, se le informó las características propias del cambio de régimen, la naturaleza de esa Administradora, y que, se iba a pensionar con lo que tuviese en su cuenta de ahorro individual, pero, no existe prueba documental adicional al formulario, para acreditar la información que se le brindó; que, por la edad tan avanza, al momento de su afiliación no se le practicó ningún cálculo, sino que, se le aclaró que su pensión sería el equivalente a los aportes que trasladara PROTECCIÓN a esa AFP.

La demandante, señaló que, el primero de enero de 1998 cuando iba a ocupar un cargo en la Alcaldía de Bogotá, para su posesión debía diligenciar una serie de documentos, entonces ella, de muy buena fe, firmó todos los documentos que le entregó una funcionaria de la alcaldía, por qué debía pasar al acto de posesión del alcalde electo y como ella hacía parte de su gabinete había premura en que diligenciará esos papeles, pero, no tuvo

ninguna información de parte de la persona que le entregó los documentos, respecto a que en ese paquete se encontraba un documento que cambiaría su situación pensional; que, posteriormente, se dio cuenta que ya no estaba en el Seguro Social, cuando ya había pasado un buen tiempo, y empezó a indagar sobre su situación pensional, pero sin recibir una información oportuna, ni satisfactoria al respecto, hubo una falta de acompañamiento por parte de PROTECCIÓN S.A., por eso se cambió a OLD MUTUAL, donde le fue peor, porque ya no pudo regresar a COLPENSIONES; que, nunca autorizó de manera consciente su traslado de régimen pensional.

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 LUZ AMPARO GUERRA PEÑA, 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, 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 tomar posesión de cargo en la Alcaldía de Bogotá, recibió una serie de documentos que debía diligenciar, entre ellos, el formulario correspondiente a la afiliación al Sistema General de Pensiones, 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, aunque buscó información y asesoría por parte de PROTECCIÓN S.A., ésta fue totalmente nula, razón por la que decidió cambiarse a OLD MUTUAL, cuando ya no tenía la posibilidad de retornar al RPM, pero que nunca fue consciente, ni autorizó su traslado al RAIS.

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; 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 DAVIVIR 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, pero, como se extrae del interrogatorio de parte absuelto por ésta, nunca se enteró de las implicaciones que traería la suscripción de dicho documento, para su futuro pensional, simplemente se trató de un acto totalmente inconsciente, y donde no contó con un acompañamiento, por parte de un asesor o promotor de la AFP, a la cual se estaba afiliando.

De ahí que, el empleador de la demandante, para el año 1998, BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL, obstruyó la libertad de elección de su trabajadora, pues, le negó la oportunidad de seleccionar de manera libre y voluntariamente la Administradora de pensiones a la que desea pertenecer; omitiendo DAVIVIR hoy PROTECCIÓN 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 DAVIVIR S.A. hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 7 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; sin que su posterior cambio de Administradora, a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 26 de octubre de 2015, 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, 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.

Ahora, dado que la apoderada de OLD MUTUA hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 dealzada, 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 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 10 de julio de 2020, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUZ AMPARO GUERRA PEÑA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

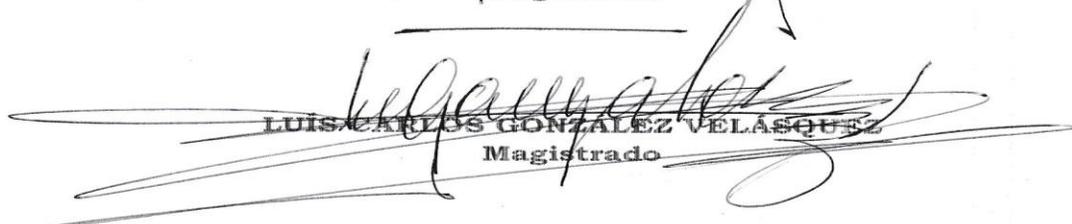
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105020201900450-01

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 27 de octubre de 2020 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **RUTH MARIEN PALMA PARRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 COLPENSIONES a la doctora Claudia Liliana Vela y como apoderado sustituta a la doctora Belcy Bautista Fonseca, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 10 al 13; de igual manera se procede reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de PORVENIR S.A a la doctora Angélica María Cure Muñoz y como apoderada sustituta a la doctora Jessica Fernanda Girón Sánchez, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 17vto al 26.

ANTECEDENTES

RUTH MARIEN PALMA PARRA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES, OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, se declare que fue inducida en grave error por la Administradora OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., al haber omitido información completa, veraz e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos de su decisión de trasladarse al RAIS; en consecuencia, solicita que se declare ineficaz su traslado a dicho régimen pensional condenando a la AFP PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra afiliada, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cancelados al RAIS por su indebida afiliación, incluyendo los rendimientos generados y la historia laboral por todo el tiempo cotizado; que se reconozcan lo ultra y extra petita, así como las costas, gastos, agencias procesales y demás sumas de dinero que resulten probadas dentro del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 12 de septiembre de 1959; que, comenzó a laborar al servicio del Instituto Nacional de Salud, el 6 de noviembre de 1992 por lo que fue inicialmente afiliada a CAJANAL, hasta el 31 de agosto de 1999 cuando decidió trasladarse al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A.; indica que la persona que representaba a esa Administradora, no le entregó la información con la transparencia necesaria en la exposición de las razones debidamente sustentadas para garantizarle su derecho a tomar una decisión correcta en la selección de régimen pensional, pues, no efectuó ni presentó las proyecciones del monto de la mesada pensional que le corresponderían en dicho régimen; tampoco le brindó información idónea respecto a las ventajas y desventajas que se podrían originar por el traslado; limitándose a indicarle que se podría pensionar a la edad que quisiera, con una mesada pensional que no afectaría las expectativas que traía del RPM; además que, el ISS, desaparecería y se haría nugatorio su derecho a la pensión.

Refiere que, al momento de su traslado de régimen pensional no se le advirtió ni comunicó el impedimento que tendría para retornar al RPM después de cumplir los 47 años de edad; que, el primero de abril del 2008 se cambió a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., donde tampoco recibió información clara, veraz y suficiente acerca de las ventajas y desventajas del RAIS, haciendo, el promotor, énfasis únicamente en que obtendría mejores resultados, sin brindarle mayor asesoría relacionada con su expectativa pensional; que, el 23 de septiembre de 2008, regresó a la AFP PORVENIR S.A., recibiendo la misma asesoría ofrecida en su primera afiliación; que, reclamó ante las administradoras privadas de pensiones demandadas informe acerca de la rentabilidad obtenida durante su afiliación y constancia de las asesorías brindadas, así como de la información suministrada al momento de su traslado, junto con la hoja de vida del asesor y las proyecciones elaboradas en aquel entonces, a lo que le respondieron que solo contaban con el formulario de afiliación, que el

traslado efectuado había sido de manera libre y voluntaria y que no podían suministrar los datos personales de sus promotores.

Manifiesta que, En las respuestas dadas por las AFP, se concluyó que recibiría una mesada pensional a los 60 años de edad del salario mínimo legal mensual vigente mientras que en el RPM la mesada sería de \$3.578.099; que, solicitó a todas las demandas declarar la nulidad de su traslado al RAIS, petición que fue resuelta desfavorablemente (fls. 5-22 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL hoy SKANDIA 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.

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. 94-133 PDF).

OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., 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, la demandante se encuentra inhabilitada 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 fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica (fls.156-178).

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. 237-258 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 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 la AFP PORVENIR S.A., así como su posterior afiliación a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS; igualmente, declaró a COLPENSIONES, como la aseguradora para los riesgos de vejez, invalidez y muerte, a la cual la señora RUTH MARIEN PALMA PARRA, se encuentra válidamente afiliada; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensión, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales, si los hubiese, con destino a COLPENSIONES; así mismo, dispuso el a-quo, que en caso de existir aportes, en OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a favor de la actora, en PROTECCIÓN, deberán ser trasladarlos a COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones de propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, era escaso el materia probatorio que aportaron las demandadas, para controvertir los hechos de la demanda, por lo que, al incumplir el deber de la carga dinámica de la prueba, sólo se podía concluir que faltaron al deber de información y por ello, no les era válido realizar el cambio de régimen pensional a la demandante; aclarando que el formulario suscrito, para su afiliación, apenas constituye una manifestación del consentimiento de la trabajadora, pero no es prueba de haber sido debidamente informada respecto a las implicaciones que tendría su decisión.

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 la AFP PORVENIR S.A., le correspondía 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, 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 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. Entre tanto, 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 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 consolidada de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 32-41 PDF); certificación de información laboral para bono pensional, por el tiempo servido en el Instituto Nacional de Salud (fl.42); formulario de afiliación al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA suscrito el 29 de febrero de 2007 (fl. 43 y 190 PDF); solicitud de vinculación o traslado al fondo de cesantías y/o pensiones obligatorias PORVENIR S.A., del 6 de junio de 1999 (fl. 44 y 260 PDF); formulario de solicitud vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 23 de septiembre de 2008 (fl.45 y 259 PDF); solicitudes presentadas ante las demandas con sus respectivas respuestas (fls.46-72, 198-207 PDF); expediente administrativo del demandante en COLPENSIONES; certificación del traslado de los aportes de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a la AFP PORVENIR S.A. (fls.191-197 PDF); consulta SIAF (fls. 261-264 PDF); certificación de la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 265 PDF); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 266-296 PDF); certificación información cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fl.297 PDF); resumen de historia laboral oficina de bonos pensionales (fls.298-305 PDF).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvieron interrogatorio de parte los representantes legales de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., quienes fueron coincidentes en señalar que, de acuerdo con la política de esas Administradoras, los promotores recibían indicaciones respecto a la obligación que tenían de hacer una asesoría completa en la que se explicará las características del RAIS y del RPM, la forma en que podían consolidar sus derechos pensión y la posibilidad que tenían de pensionarse en cada uno de los regímenes; que, la prueba de dicha asesoría es el formulario de afiliación que habrá dentro del plenario, habida cuenta que para la fecha del traslado de la demandante no existía una normatividad que exigiera tipo de prueba diferente al formulario de afiliación, para efectos de acreditar la información brindada; que, con posterioridad a la afiliación, a la actora, se le realizaron proyecciones acerca del valor de su mesada pensional, pero las mismas no se realizaron al momento de su traslado, pues, para ese entonces aún no contaba con un derecho consolidado ni un mínimo de semanas cotizadas, para realizar dichos cálculos; que, para la fecha expedición de la Ley 797 de 2003, esas AFP, le comunicaron a todos sus afiliados a través de un comunicado publicado en un periódico de amplia circulación nacional la posibilidad que estos tendrían para retornar al RPM, dentro del período de gracia allí señalado; que, respecto de la AFP PORVENIR S.A., ésta no solo cumplió con el deber de información al momento del traslado inicial de la demandante, sino también cuando regresó de OLD MUTUAL, luego del cambio de administradora privada de pensiones y siempre ha estado disponible para brindar la asesoría requerida por la actora, a través de todos los canales de comunicación que tiene disponibles para sus afiliados.

Por su parte la demandante, indicó que, a mediados de 1999 un asesor de la AFP PORVENIR S.A., se acercó a su grupo de trabajo en el Instituto Nacional de Salud, en una reunión de aproximadamente 12 personas, les dijeron que CAJANAL, se iba a liquidar, por lo que corrían el riesgo de perder sus ahorros pensionales, y que lo mejor era trasladarse a la AFP PORVENIR S.A.; que, ellos ya llevaban los formularios diligenciados con sus datos personales, entonces firmó y regresó a su trabajo; dice que la reunión duró aproximadamente 30 minutos; que, no le dieron ninguna explicación respecto a las características del RAIS, simplemente hablaron del cierre de CAJANAL, no tuvo la opción de hacer preguntas, porque les dijeron que las condiciones en que se pensionarían sería similar a la de CAJANAL, no asistieron asesores de otras Administradoras; que, suscribió el formulario de forma voluntaria; que, se trasladó a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, porque un asesor de esa administradora le dijo que ahí obtendría mejores garantías de pensión, una ganancia mayor, algún beneficio, pero al poco tiempo consultó bien y era casi lo mismo que en la AFP PORVENIR S.A., y por eso regresó a esa AFP, pero no recibió información adicional a lo que ya sabía del RAIS; que, su principal motivación para retornar al RPM, es que, acercándose la fecha para cumplir

la edad de pensión, se presentó en una oficina de la AFP PORVENIR S.A., donde le indicaron que el valor de su mesada pensional sería de aproximadamente \$800.000, mientras que en COLPENSIONES, sería superior.

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 RUTH MARIEN PALMA PARRA, 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 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 CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 6 de junio 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, sin que el posterior cambio a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y su regreso 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 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.”*

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 27 de octubre de 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **RUTH MARIEN PALMA PARRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, OLD MUTUAL SKANDIA 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.

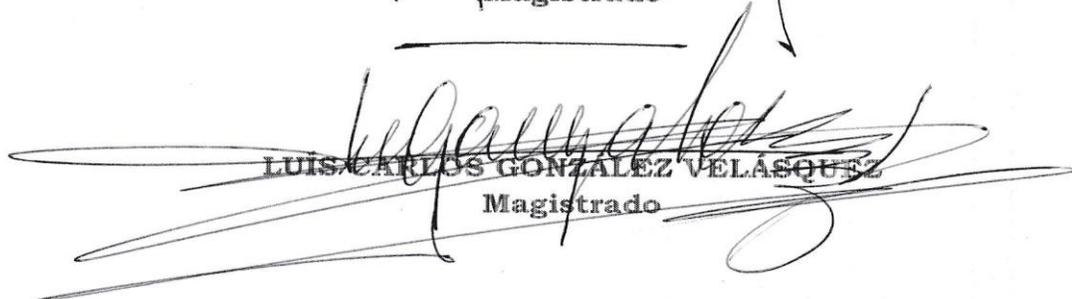
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

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: 110013105023201900498-01

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 demandadas, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 28 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **DIEGO GUTIERREZ JARAMILLO** 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 apoderado principal COLPENSIONES al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderado sustituto al doctor Michael Giovanni Muñoz Tavera, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 166 al 171

ANTECEDENTES

DIEGO GUTIÉRREZ JARAMILLO, 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 COLPENSIONES, a recibirlo como afiliado cotizante y a la AFP PORVENIR S.A., a liberarlo de sus bases de datos, devolviendo todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones,

bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses así como rendimientos que se hubieren causado y trasladarlos a COLPENSIONES; adicionalmente solicita 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 14 de diciembre de 1959, y comenzó su vida laboral desde el 12 de julio de 1982 cuando su empleador lo afilió al RPM hasta el 11 de abril de 1994, fecha en la cual se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., porque según información brindada por esa administradora, el Instituto de Seguro Social, iba a ser liquidado, y sus aportes se encontraban en riesgo; además, en la AFP, podía pensionarse a más temprana edad, con un monto más alto, sin embargo no se le informó el monto del capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, ni cuál era el capital necesario para que sus beneficiarios pudieran heredar los aportes; tampoco se le indicó el plazo con que contaba para retornar al RPM, antes de los 52 años de edad, no se le elaboró una proyección de la pensión mostrándole las diferencias entre uno y otro régimen; no se le presentó información clara suficiente y concisa que le permitiera tomar una mejor decisión respecto a su perspectiva pensional.

Refiere que, el 10 de julio de 2019, la AFP PORVENIR S.A. realizó una proyección de lo que le correspondería como mesada pensional a los 62 años de edad, indicándole que tendría derecho a la suma de \$828.116; mientras que, su pensión en el RPM, sería superior gracias; que, reclamó ante las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, solicitud que fue rechazada por ambas Administradoras (fls. 3-26)

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 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. 78-90).

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. 105-130).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de agosto 2020, el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del 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 del actor, 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 al 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, los apoderados de las demandadas, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, indicó que, el criterio jurisprudencial fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia del traslado de los afiliados al RAIS, no se puede aplicar de manera general, sino que, debe ser estudiado en cada caso en particular, pues, sólo cobija a quienes eran beneficiarios del régimen de transición y tenían una expectativa legítima de pensionarse; señaló que, no se desconoce el deber de información, sino que, para la época en que se efectuó el traslado del demandante, no había una regulación específica del mismo, como para advertirle que dicho cambio le iba a generar un perjuicio, razón por la cual, esa AFP, sí cumplió con lo que en su momento la ley le exigía para validar el traslado del actor, ya que, le suministró una asesoría verbal, suscribió un formulario y cumplía con los avales de la Superintendencia Financiera; sin que pueda trasladarse y excederse la carga probatoria, porque no habían exigencias adicionales, al diligenciamiento del formulario, de ahí que mal podría exigirse pruebas adicionales al respecto; manifestó que, en igual sentido, si el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria por el demandante, no puede realizar la devolución los gastos de administración, cuando se encuentra demostrada la gestión efectiva de la AFP, actuó de buena fe y generó unos rendimientos en favor del señor Gutiérrez Jaramillo; tampoco considera acertada la condena en costas y solicita que la misma sea revocada.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumenta que, el a-quo, no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que, COLPENSIONES, en un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP PORVENIR S.A., asumiendo las consecuencias de dicho acto, lo que pone en riesgo el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones, generando un impacto en la reserva pensional, pues, el actor, regresa a un régimen donde no estuvo por mas de 20 años, y no fue tenido en cuenta para reservas, ni cálculos financieros.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES petitiona que se revoque la sentencia en cuanto a que la afiliación si tuvo validez, además de ello que se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 2° de la ley 797 de 2003. También se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social. 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.

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 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; y, iii) 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, al plenario se allegaron reclamación administrativa presentada ante COLPENSIONES, el 27 de junio de 2019, solicitando la nulidad del traslado al RAIS, efectuado por el demandante, junto con la respuesta negativa de esa Administradora (fls. 30-33); reporte de semanas cotizadas

ante COLPENSIONES (fls. 34-37 y 92-95); solicitud efectuada ante la AFP PORVENIR S.A. y su respectiva contestación (fls. 38-42 y 133-137); historia laboral consolidada del demandante, en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 43-52); expediente administrativo del actor, en COLPENSIONES (CD fl. 91); solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., suscrita el 11 de abril de 1994 (fl. 130).

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante, absolvió interrogatorio de parte, manifestando que, lo contactaron en 1994, asesores de la AFP PORVENIR S.A., quienes lo buscaron con mucha insistencia; se acercó una señorita, que les dijo que el Seguro Social, se iba a acabar, que iban a perder todos sus aportes, mientras con PORVENIR, iban a tener una mejor pensión, y una cantidad de beneficios; sin embargo, dice el actor, que a él, lo que más le impactó, fue el cierre del ISS, y que, perdería 12 años de cotizaciones, porque inmediatamente procedió a firmar un formulario que la asesora diligenció; en cuanto a los beneficios, recuerda que le dijeron que recibiría una pensión más alta, que podría retirar en cualquier momento su dinero y que sus hijos lo heredarían en caso de que él faltara; porque tenía respaldo privado, que iban a recibir extractos, que el dinero ahorrado iba a pasar a PORVENIR, lo que le generó muchísima confianza; sin embargo, hace 2 años, se acercó a la AFP PORVENIR, para indagar por el trámite para el reconocimiento de su pensión y de acuerdo a lo informado se dio cuenta que nada de lo prometido, hace 20 años, era cierto, que su pensión no sería superior al salario mínimo mensual legal vigente, y que, no podía disponer de su dinero inmediatamente.

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 DIEGO GUTIÉRREZ JARAMILLO, 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 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 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 CESANTIAS PORVENIR S.A., el 11 de abril 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.

De otra parte, en relación con lo manifestado por la apoderada de COLPENSIONES, en su recurso, se debe indicar 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.

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 del 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, 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 la AFP PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, 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 28 de agosto de 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **DIEGO GUTIÉRREZ JARAMILLO** 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.

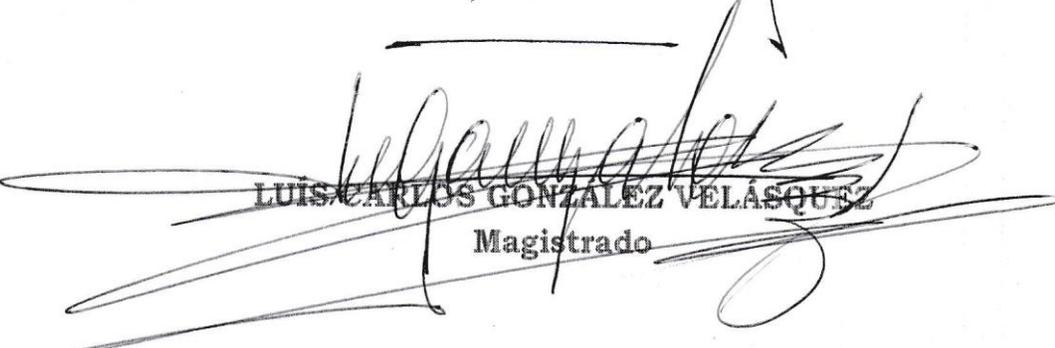
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023201900544-01

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 las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de octubre de 2020 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GLADYS PENAGOS SIERRA** 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 apoderado principal COLPENSIONES al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderado sustituto al doctor Javier Ramiro Castellanos Sanabria, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios

ANTECEDENTES

GLADYS PENAGOS SIERRA, 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 es nulo, y por lo tanto, carece de eficacia jurídica su traslado al RAIS, en consecuencia, pide que se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que recibió con motivo en su afiliación a esa Administradora,

tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, en la forma prevista en el artículo 1746 del C.C.; igualmente, que, se condene a esa AFP, al pago de las diferencias que puedan resultar entre el ahorro efectuado en el RAIS, y los aportes legales correspondientes que debió realizar en el RPM; que, se condene a COLPENSIONES a aceptar su afiliación sin solución de continuidad, a recibir y acreditar en su historia laboral la totalidad del tiempo en que permaneció afiliada al RAIS, procediendo al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 25 de septiembre de 2020; que, sobre las sumas que resulten adeudar las demandadas se reconozcan intereses moratorios, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios; que, se ordene el pago de las costas y agencias en derecho.

de manera subsidiaria solicita condenar a las entidades demandadas, al reconocimiento de una indemnización por perjuicios materiales, causada con sus acciones y omisiones, calculada de acuerdo a la diferencia entre el valor de la pensión que le hubiese sido reconocida en el RPM.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 25 de septiembre de 1963; que, se afilió al Instituto de Seguros Sociales y efectuó aportes desde el 01 de septiembre de 1982 y hasta el 1 de julio de 2000,, cuando, víctima de una estrategia comercial, diligenció formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., trasladándose de régimen pensional, sin que los asesores de dicha Administradora, le informaran los riesgos que generaba el cambio de régimen pensional, no le explicaron cuáles eran las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, no le efectuaron proyecciones o cálculos que le permitieran tener certeza sobre el monto de su mesada pensional, tanto en el RPM como en el RAIS, tampoco le explicaron que tenía la posibilidad de regresar al RPM; por el contrario, utilizaron información incompleta y sesgada, como que el ISS desaparecería en su derecho pensional se encontraba en riesgo, además que en el RAIS, tenía la posibilidad de pensionarse a cualquier edad.

Refiere que, nunca le explicaron la posibilidad que tenía de regresar al RPM, a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003; que, solicitó en cuatro oportunidades su retorno al RPM, sin que dicha petición fuera aceptada por las demandadas (fls. 5-17).

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 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. 82-95).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls. 147-183).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 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, bonos pensionales 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; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de vejez, de conformidad con la Ley 797 de 2003, causada a partir del 26 de septiembre de 2020, pero efectiva al momento del retiro del servicio, por 13 mesadas pensionales al año, aplicando los reajustes legales anuales correspondientes; declaró no probadas las excepciones propuestas 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.**, señala que, si lo que se pretende declarar la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esa norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones prevé que, cuando cualquier persona realice actos atentatorios contra el derecho de la libre elección, lo

que corresponde es la imposición de una multa administrativa, por parte del Ministerio de trabajo, pero de ninguna manera contempla, ni siquiera por aproximación a lo dispuesto en el artículo 1740 y SS del C.C.; que, el formulario suscrito por la demandante, es un documento público que se presume auténtico, que contiene la manifestación de que el mismo sí diligenció de manera libre, voluntaria y sin presiones, y no fue tachado ni desconocido por la parte actora, por lo que no se le puede restar valor probatorio; que, esa Administradora, sí cumplió con la carga probatoria impuesta, aportando los documentos que tenía en su poder para demostrar que la demandante ha estado vinculada a esa AFP, producto de una decisión consensuada, permaneciendo en el mismo por más de 20 años, lo que permite concluir su voluntad de permanecer en dicho régimen, sin que pueda imponerse cargas adicionales a las impuestas por las normas vigentes al momento en que se realizó el traslado del régimen pensional de la actora, lo que constituiría una falta al debido proceso y la confianza legítima de esa AFP, no solo porque la demandante, era una persona capaz al momento en que se suscribió el formulario de afiliación sino porque se trató de un acto jurídico con objeto y causa lícita

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumenta que, el a-quo, no tuvo en cuenta en su decisión el principio de la relatividad jurídica, ya que, COLPENSIONES, es un tercero, ajeno al acto jurídico que se celebró entre la demandante y la AFP PORVENIR S.A., razón por la cual, las consecuencias de dicho contrato, no pueden favorecerla, ni perjudicarla; de que solicita que no se ordene recibirla, ni recocerle el derecho a la pensión de vejez, pues, se estaría afectando gravemente con dicha decisión, el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y las reservas presupuestas que no incluyeron en su cálculo el derecho pensional que corresponde a la demandante, quien por demás, ya se encuentra dentro de las prohibiciones para retornar al RPM, en cualquier tiempo. Adicionalmente, solicita que, en caso de confirmar la decisión de Primer Grado, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a pagar a COLPENSIONES los perjuicios causados por su incumplimiento en el deber de información.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el apoderado de la demandante, se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, solicitando confirmar la decisión del juez de primera instancia por cuanto como quedó demostrado en el proceso, las Administradoras de fondos de pensiones privadas, incumplieron su deber de información y no brindar un debido acompañamiento a la afiliada de acuerdo a su situación real de pensión. Por su parte, COLPENSIONES peticiona que se revoque la sentencia en cuanto a que la afiliación si tuvo validez, además de ello que se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 2° de la ley 797 de 2003. También se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social. 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.

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 ordenar a la AFP PORVENIR S.A., el pago da favor de COLPENSIONES de perjuicios por su incumplimiento al deber de información; y en grado jurisdiccional de consulta se verificara si la condena dispuesta a cargo de COLPENSIONES por concepto de pensión de vejez se encuentra ajustada a derecho.

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, formulario de la AFP PORVENIR S.A., sobre actualización de la historia laboral al 28 de julio del año 2000 (FLS. 25-26); comunicaciones enviadas por la AFP PORVENIR a la demandante (fls. 26-31); formularios de vinculación a COLPENSIONES suscritos por la actora, pero sin sello de recibo por parte de esa Administradora (fls.32-35); historia laboral consolidada de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 36-43); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls.44-45); formato de asesoría para trámite de beneficio pensional (fl. 46); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 47-50 y 97-102); reclamación administrativa, presentada por la actora en la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, con su respectivas respuestas (fls.51-64); formulario solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 23 de junio de 2000 (fl. 62); expediente administrativo de la actora en COLPENSIONES (CD fl. 96).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la representante legal de la AFP PORVENIR S.A., absolvió interrogatorio de parte, manifestando que, el único soporte con el que cuenta esa Administradora, respecto al traslado de la actora, al RAIS, es el formulario de afiliación, toda vez que para el año 2000

éste era el único documento que se le exigía para demostrar la afiliación y asesoría brindada; tampoco existe prueba alguna con posterioridad a esa fecha, que acredite la información dada a la actora, durante su permanencia en el RAIS; que, a los asesores se les exige brindar información acerca de las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, por lo que se debe presumir la buena fe del mismo, y entender que éste sí le indicó dichas circunstancias a la actora, al momento de su afiliación; que, efectivamente a la demandante, al momento de su traslado al RAIS, se le indicó que el ISS se acabaría, lo que en efectivo sí ocurrió, creándose una nueva Administrado, denominada COLPENSIONES.

De otro lado, la demandante, señaló en el interrogatorio de parte, que, para el momento de su traslado, se encontraba trabajando el Hospital Universitario Clínica San Rafael, sobre el año 2000, llegaron unos promotores de varias Administradoras de pensiones, ella se encontraba laborando en el turno de la mañana, y su jefe inmediata Gloria García, la mandó reemplazar de una cirugía, indicándole que debía salir a afiliarse porque el Seguro Social se iba a terminar, ella salió, había varias compañeras haciendo una fila, estaba la asesora de la AFP PORVENIR S.A., y simplemente, les dijo que pertenecía a esa AFP, y que las iba a afiliar para que no se quedaran sin pensión; que, ella no cuestionó nada, porque esa afiliación estaba respaldada por su empleador; recuerda que la asesora le preguntó cuánto tiempo llevaba cotizando, ella le contestó que aproximadamente 14 años y le respondió la promotora que sí se podía pasar, pero, nunca le explicaron que era un régimen de pensiones, ni el RPM, tampoco que el ISS seguiría con otra razón social; que, cuando comenzó el rumor respecto a las desventajas del RAIS, intentó regresar a COLPENSIONES, presentó varios formularios, a través de la Oficina de Personal de la Clínica donde laborada, se los devolvieron tres veces, por datos borrosos, luego por que le faltaba datos y finalmente, en ese lapso de tiempo, cumplió los 47 años y ya no la recibieron por faltarle menos de 10 años para pensionarse; que, firmó el formulario de traslado libremente, pero engañada, pensando que era lo que le convenía.

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 GLDYS PENAGOS SIERRA, 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, 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 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 CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 23 de junio 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.

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. Siendo igualmente oportuno señalar, en este punto, que no se accederá a lo solicitado por la apoderada de la demandada COLPENSIONES, en cuanto a imponer a la AFP PORVENIR S.A., el pago de una indemnización por perjuicios, comoquiera que, tal pretensión no fue objeto de este litigio, y el Juez de Segunda Instancia, no puede pronunciarse por fuera o más allá de lo pedido, ya que la parte demandada no puede ser condena por hechos respecto de los cuales no pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa (CSJ Sentencias SL 8716 del 2 de julio de 2014 y SL 9518 del 22 de julio de 2015).

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)

DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Como quiera que el a-quo, con ocasión a la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, accedió al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora GLADYS PENAGOS SIERRA a cargo de

COLPENSIONES en los términos de la ley 797 de 2003, procede la Sala a revisar en grado jurisdiccional de consulta si dicha orden se encuentra ajustada a derecho.

Al respecto habrá de revocarse la referida condena en la medida que si bien es cierto por virtud de la declaratoria de nulidad del traslado del régimen de prima media al RAIS, la entidad responsable de asumir los riesgos de IVM de la actora, es COLPENSIONES, también lo es que el pago de la pensión de vejez que pueda corresponderle a ésta no se puede ordenar al interior de esta actuación, pues se encuentra condicionado al traslado efectivo de los dineros que debe realizar la AFP PORVENIR S.A., toda vez que es con sujeción a ellos que COLPENSIONES puede proceder a actualizar la historia laboral de la afiliada, adelantar los trámites correspondientes ante los eventuales responsables de concurrir a su financiamiento y, determinar el ordenamiento jurídico que regula la prestación y le resulta más favorable; amén que, disponer el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES, sin contar aún con dichos recursos, implicaría una afectación a su patrimonio al tener que asumir la obligación dineraria de manera inmediata sin la posibilidad de solicitar, frente al lapso de tiempo que puede transcurrir entre el reconocimiento y el recaudo de las valores a trasladar, sumas y conceptos diferentes a las ordenadas en la sentencia.

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: REVOCAR el ordinal cuarto la sentencia proferida el 26 de octubre de 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia promovido por **GLADYS PENAGOS SIERRA** 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.

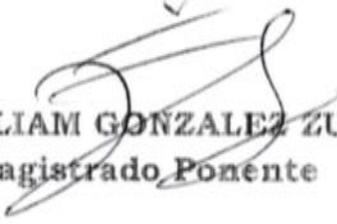
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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

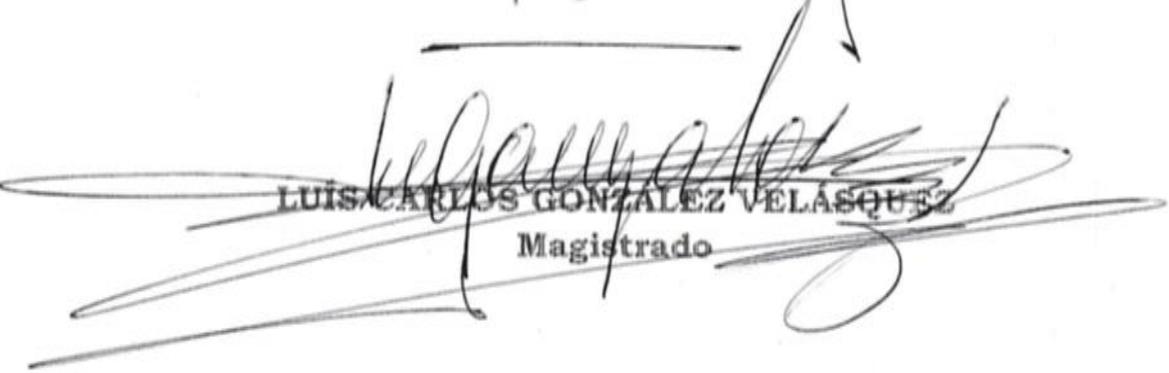
Los Magistrados,



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: 110013105032201900573-01

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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 1 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALIRIA LUCIA RAMÍREZ LESMES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderado principal COLPENSIONES al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderado sustituto al doctor Michael Giovanni Muñoz Tavera, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 14 al 20

ANTECEDENTES

ALIRIA LUCIA RAMÍREZ LESMES, 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 SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, previa declaración de nulidad de su traslado al RAIS, efectuado

inicialmente a través de ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN, así como sus posteriores afiliaciones a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS y PROTECCIÓN; se condene a PROTECCIÓN a trasladar los saldos de su cuenta de ahorro individual, debidamente actualizados, con sus respectivos rendimientos financieros; que, COLPENSIONES, reciba dichos aportes y proceda al reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del 4 de julio de 2020, cuando completó los requisitos de edad y semanas, junto con el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o subsidiariamente su indexación; así como el reconocimiento de lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 4 de julio de 1963, por lo que, el mismo día y mes del año 2020, cumplió los 57 años de edad; que, en julio del año 2000, se trasladó al RAIS, afiliándose a ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN, porque, fue abordada por un asesor comercial de esa Administradora, quién sin ofrecerle mucha información, ni claridad sobre su verdadera situación pensional, ni explicarle los beneficios de seguir vinculada al RPM y las consecuencias que conllevaría su traslado, solo se limitó a decirle que podría pensionarse con una menor edad y en un monto más alto que en el Seguro Social, terminó convenciéndola para que se afiliara a ese Fondo, incurriendo en un vicio del consentimiento al inducirla al error.

Que, igual situación se presentó el 23 de septiembre del 2007 cuando un asesor de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, le sugirió cambiarse a esa Administradora, de omitiendo explicarle las ventajas y desventajas del RAIS, limitándose a ofrecerle la falsa ilusión de que sus aportes generarían rendimientos financieros superiores a los que estaba obteniendo en PROTECCIÓN; tampoco en esa oportunidad se cumplió con el deber de información que le asistía al Fondo, de explicarle las características de cada uno de los regímenes pensionales, la posibilidad que tenía de retornar al RPM, en razón a que le faltaban más de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse, menos aún se le informó cuál sería el promedio de su mesada pensional, en uno y otro régimen.

Refiere que, retornó a PROTECCIÓN y el 6 de diciembre de 2018 solicitó la liquidación y proyección de su mesada pensional en la modalidad de retiro programado, determinando que le correspondería, para el año 2020, la suma de \$1.005.399; mientras que, de acuerdo a un liquidación efectuada en el 2018, en el RPM, por haber cotizado más de 1.300 semanas, tendría derecho a una mesada pensional de \$3.299.728, sin tener en cuenta los incrementos hasta el 2020, cuando cumplió con el requisito de la edad, siendo entonces, más beneficioso para ella, retornar el RPM; que, el 5 de julio de 2019, solicitó a COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS y PROTECCIÓN, declarar la nulidad de su traslado al RAIS, petición sobre la que únicamente se pronunció SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, de forma negativa (fls. 4-15 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PROTECCIÓN COLPENSIONES y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, 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 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 y la innominada o genérica (fls 127-148).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones COLPENSIONES, prescripción, falta de causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y la innominada o genérica (fls.219-234).

Por su parte, **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, propuso las excepciones de buena fe, genérica, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y prescripción (fls. 260-270).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de octubre de 2020, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por COLPENSIONES, respecto del pago de la pensión de vejez a partir del 4 de julio de 2020, junto con el reconocimiento de intereses moratorios o indexación; declaró no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, a través de ING hoy PROTECCIÓN S.A., de fecha 22 de mayo de 2022, así como sus posteriores traslados, en ese mismo régimen.

También condenó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., trasladar con destino a COLPENSIONES, las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional, de los aportes realizados por la demandante, mientras estuvo afiliada a esa Administradora; en igual sentido, condenó a PROTECCIÓN S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y lo descontado por gastos de administración y seguros previsionales; ordenó a COLPENSIONES, recibir a la señora ALIRIA LUCIA RAMÍREZ LESMES, como afiliada al RPM, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado de régimen, declarado ineficaz.

Adicionalmente, declaró que la actora, tenía causado el derecho a la pensión de vejez, en el RPM, sin embargo, su disfrute, estaba supeditado a su retiro del Sistema; condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Al respecto, consideró el a-quo, que, de las pruebas allegada al proceso, no hay ninguna que le permitiera determinar que ING hoy PROTECCIÓN, cumplió con el deber de información, es así como de la documental no se puede extraer cuál fue la información que se le suministró a la señora RAMÍREZ LESMES, al momento de su traslado de régimen; y, en el interrogatorio de parte rendido por ésta, no se observa de su dicho que se le hubiera dado o suministrado información acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales y las diferencias entre uno y otro; que la simple suscripción del formulación de traslado, no es prueba del deber de información, y que, los traslados horizontales, no convalidan el inicial.

En relación con la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez, indicó el a-quo, que, si bien la demandante, cumplía con los requisitos de edad y número de semanas cotizadas para acceder a ese derecho, no obstante, se encuentra activa y cotizando al Sistema General de Pensiones, por lo que, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 758 de 1990, para efectos del disfrute de la pensión, debe acreditar su retiro del Sistema; además, tampoco podría acceder al reconocimiento de intereses moratorios, pues, la demanda se presentó cuando aún la actora, no tenía la edad para exigir el reconocimiento del derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

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

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., indicó que, los gastos de administración, así como la compra de la póliza para cubrir los riesgos de

vejez, invalidez y muerte, son una imposición legal, propia del marco regulatorio de los Fondos Privados; por tanto, no se puede efectuar su devolución, pues, son consecuencia del servicio prestado, durante el tiempo que la demandante, estuvo vinculada a ella; refiere que, esos dineros no son para el Fondo, ni que se cobran de manera caprichosa, sino que están destinados al mantenimiento de la cuenta y el pago de la póliza, y se entrega de forma inmediata, de ahí que su devolución constituya un detrimento para la AFP y un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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; también considera que reintegrar esos valores a COLPENSIONES, constituyen un enriquecimiento sin justa causa, pues, los mismos no están destinados al pago de la pensión de vejez; además que, 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, de mantenerse la decisión impugnada se estaría imponiendo una condena en perjuicios, a cargo de la Administradora, que no fue objeto de discusión ni se probó dentro del plenario.

Finalmente, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, indicó que, la sentencia de Primer Grado, no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, ya que, esa Administradora, es un tercero, totalmente ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y los Fondos privados de pensiones, y que tiene efectos interpartes, de ahí que la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, no puede tener efectos sobre COLPENSIONES, ya que pone en riesgo la sostenibilidad financiera de la Entidad, por el impacto que generaría en la reserva pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el apoderado de la demandante, se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, solicitando confirmar la decisión del juez de primera instancia por cuanto como quedó demostrado en el proceso, las Administradoras de fondos de pensiones privadas, incumplieron su deber de información y de brindar un debido acompañamiento a la afiliada de acuerdo a su situación real de pensión. Por su parte, COLPENSIONES petitiona que se revoque la sentencia en cuanto a que la afiliación si tuvo validez, además de ello que se encuentra dentro

de la prohibición legal del artículo 2° de la ley 797 de 2003. También se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

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, i) 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; ii) si con dicha decisión se ve afectada la estabilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; 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, 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.

Al respecto, milita en el plenario el reporte de semanas cotizadas por la demandante en COLPENSIONES (fls. 17-20 y 240-245 PDF); historia laboral ante PROTECCIÓN (fls. 21-29, 157-169, 179-192 PDF); proyección de mesada pensional elaborada por PROTECCIÓN (fl.30-31 PDF); reclamación administrativa, radicada ante COLPENSIONES, el 5 de julio de 2019 (fls. 34-36 PDF); petición de nulidad de la afiliación al RAIS, presentada ante PROTECCIÓN y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS (fls. 39-48); respuesta negativa de esta última administradora (fls. 48-51 y 300-302 PDF); reporte del estado de cuenta de la actora en PROTECCIÓN (fls. 149-156 PDF); respuesta negativa dada por PROTECCIÓN a la solicitud de nulidad del traslado (fls. 171-173 PDF); solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias PROTECCIÓN, suscrita el 24 de enero de 2017, con fecha de efectividad el 1 de marzo de 2017 (fls. 175-176 PDF); consulta SIAF (fl. 193 PDF); formulario de afiliación a SKANDIA, del 23 de septiembre de 2007 (fl. 271); relación semanas cotizada ante OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (fls. 272-282 y 285-299 PDF); certificación del valor de las cotizaciones y demás aportes efectuados por la demandante en SKANDIA (fl. 284 PDF).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, donde indicó que, ella trabajaba en una piscícola a las afueras de Villavicencio; que, la empresa recibió la llamada de un asesor comercial de ING, solicitándoles una fecha y hora para brindarles asesoría en el tema de los nuevos fondos pensionales; que, efectivamente, programaron una reunión con el asesor, donde reunieron a varios trabajadores, en la charla les hablo de los nuevos fondos de pensiones privados que en esa época estaban surgiendo, que les ofrecía una buena pensión, que se podían pensionar con menor edad y que el ISS se iba a acabar, porque estaba en un proceso económico delicado, por lo que, sus ahorros pensionales se podían perder; señaló que, ese asesor, sólo les dijo que eran nuevos Fondos, autorizados por el Gobierno; que, la charla se hizo en un tiempo muy corto, el señor repartió los formularios de traslado, ellos los firmaron y diligenciaron los datos principales, porque él les dijo que resto de datos él los diligenciaba; advierte que, no leyó la letra menuda, y no se preocupó más por el tema hasta cuando se acercaba la edad de pensionarse; en relación con su cambio de Administradora, a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, dijo que, también un asesor en la empresa

donde trabaja, le comentó que algunos Fondos privados de pensiones, entre ellos ING, estaba empezando a tener problemas financieros, entonces ella, para no perder sus aportes, hizo el cambio; y que, luego retornó a PROTECCIÓN, porque en el 2017, cuando estaba en el trabajo, llegó un asesor de esa AFP, le preguntó que en dónde estaba ella afiliada, le dijo que en SKANDIA, pero que estaba cansada porque no tenía oficina en Villavicencio, él le dijo que el cambio era fácil y aceptó, pero nunca recibió información específica relacionada con el tema pensional o explicación sobre las ventajas o desventajas de uno y otro régimen, ni tampoco las implicaciones de dicho cambio.

También declararon en el proceso, la señora MARÍA CLEMENCIA SALAS PERILLA, compañera de trabajo de la actora, desde mayo 2007 y hasta noviembre de 2012, dijo que, en los trayectos de viaje que hacían desde Villavicencio al Guamal, donde trabajaban, la demandante, le contó de su traslado a Skandia, pero no estuvo presente en ese específico momento. Por su parte, MARÍA ZORAIDA GALINDO BUITRAGO, también compañera de la señora RAMÍREZ LESMES, refirió que trabajó con ella desde 2000, y que, para afiliación de pensión hubo una reunión en la empresa, con varios compañeros, un asesor de ING, fue hasta allá, les ofreció unas garantías de más corto plazo para pensionarse, una solidez, porque el ISS se iba a acabar y una buena mesada de pensión; también les dijo que, como era una empresa privada, ellos sí les cumpliría con el reconocimiento de la pensión; que, la reunión tardó entre 15 y 20 minutos, fue rápido porque estaban en horas laborales, les mostró el formulario de inscripción para poder hacer el cambio, firmaron y se terminó.

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 ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. 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 a la señora ALIRIA LUCIA RAMIREZ LESMES, 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 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 la activa a ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PROTECCIÓN, en junio 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, ambas condiciones dilucidadas en la Primera Instancia, sin que sin que el posterior cambio de Administradoras, en el 2007 y 2017 a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y 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 las apoderadas de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PROTECCIÓN, 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 01 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ALIRIA LUCIA RAMÍREZ LESMES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PROTECCIÓN 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

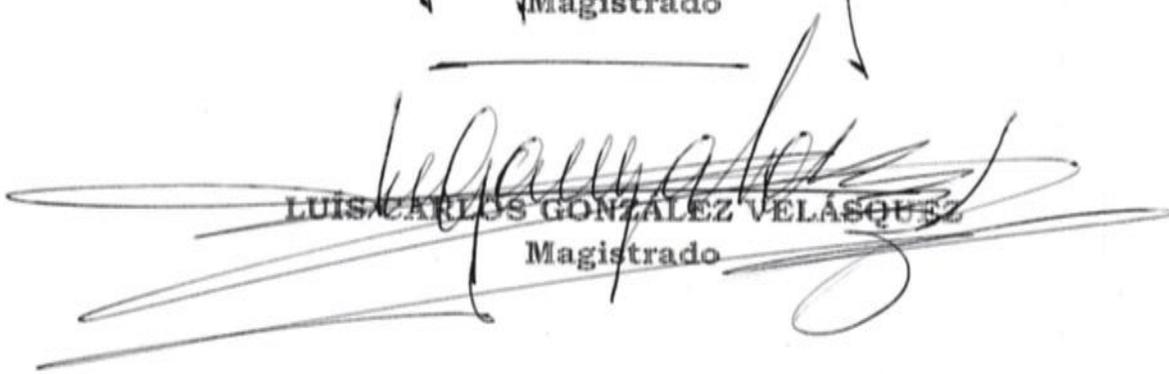
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL 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: 110013105032201900712-01

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 apoderada de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 24 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **OLGA LUCIA HERRERA PINZÓN** 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 principal COLPENSIONES al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderado sustituto al doctor Michael Giovanni Muñoz Tavera, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 9 al 14.

ANTECEDENTES

OLGA LUCIA HERRERA PINZÓN, 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 o ineficacia de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se condena a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES los aportes que realizó a dicho régimen; que,

se ordene a COLPENSIONES, contabilizar, para efectos pensionales, las semanas que cotizó en el RAIS; 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 3 de noviembre de 1962; que, estuvo afiliada al ISS, desde el 20 de septiembre de 1984 y hasta el mes de julio de 1994, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A.; indica que, al momento de su traslado de régimen pensional, no fue asesorada, ni informada por la AFP demandada, de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias frente a uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este régimen, y, en general, las implicaciones sobre los derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar una decisión tan importante para su futuro pensional.

Refiere que, a la fecha de presentación de la demanda, tiene 1.750 semanas cotizadas; que, según proyección del valor de la mesada pensional, mientras en el RAIS, le correspondería la suma de \$828.116, en el RPM, está ascendería a \$1.601.591; que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado de régimen pensional, sin obtener respuesta favorable al respecto (fls. 5-21 PDF).

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 **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 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, 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 (fls 97-122).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional

desarrollada en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación y la innominada o genérica (fls. 190-210).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada; declaró la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, a través de PROTECCIÓN S.A., de fecha 24 de junio de 1994, condenando a PROTECCIÓN S.A., trasladar con destino a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y lo descontado por gastos de administración y seguros previsionales; ordenó a COLPENSIONES, recibir a la señora OLGA LUCIA HERRERA PINZÓ, como afiliada al RPM, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado de régimen, declarado ineficaz; y, condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Al respecto, consideró el a-quo, que, de las pruebas allegada al proceso, no hay ninguna que le permitiera determinar que PROTECCIÓN, cumplió con el deber de información, es así como de la documental no se puede extraer cuál fue la información que se le suministró a la demandante, al momento de su traslado de régimen; y, en el interrogatorio de parte rendido por ésta, no se observa de su dicho que se le hubiera dado o suministrado información acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales y las diferencias entre uno y otro; que la simple suscripción del formulación de traslado, no es prueba del deber de información, y que, los traslados horizontales, no convalidan el inicial.

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.**, 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, en el hipotético caso de considerar que, esa demandada, no cumplió con sus gestión, deben ordenarse a su favor la devolución de todos los rendimientos obtenidos durante el tiempo que la actora estuvo afiliada a esa Administradora, pues, estos se generaron producto de su buena gestión y correcta administración

de los aportes de la demandante; además, que, si la consecuencia jurídica de esa decisión es que las cosas vuelvan a su estado anterior, sólo procedería la devolución de los aportes, sin los rendimientos, por ser exclusivos del RAIS; frente a la prima de seguro previsional, afirma que, esa ya fue girada a una aseguradora, para que, en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha Compañía, pagara una suma adicional con el fin de financiar esas pensiones, por lo que, mal podría exigírsele a la aseguradora la devolución de esos dineros, cuando se trata de tercero, que actuó de buena fe.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, indicó que, la sentencia de Primer Grado, no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, ya que, esa Administradora, es un tercero, totalmente ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y los Fondos privados de pensiones, y que tiene efectos interpartes, de ahí que la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, no puede tener efectos sobre COLPENSIONES, ya que pone en riesgo la sostenibilidad financiera de la Entidad, por el impacto que generaría en la reserva pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el apoderado de la demandante, se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, solicitando confirmar la decisión del juez de primera instancia por cuanto como quedó demostrado en el proceso, las Administradoras de fondos de pensiones privadas, incumplieron su deber de información y de brindar un debido acompañamiento a la afiliada de acuerdo a su situación real de pensión. Por su parte, COLPENSIONES peticiona que se revoque la sentencia en cuanto a que la afiliación si tuvo validez, además de ello que se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 2° de la ley 797 de 2003. También se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

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, i) 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; ii) si con dicha decisión se ve afectada la estabilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; 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, 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 resumen de historia laboral de la demandante en PROTECCIÓN S.A. (fls. 23- 31 y 156-173 PDF); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 32-34 y 212-215 PDF); solicitudes de nulidad de traslado, presentadas ante las demandadas, con la respuesta negativa por parte de COLPENSIONES (fls. 35-45 PDF); estudio actuarial de la situación pensional de la actora, elaborado por la firma de peritos Estuplan Ltda, ratificado en audiencia del 24 de noviembre de 2020

(fls. 46-60); formulario solicitud de vinculación a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., diligenciado el 24 de junio de 1994 (fl. 130 y 142 PDF); comunicación de la demandante, dirigida a su empleador, el 24 de junio de 1994, comunicándole el cambio de régimen pensional (fls. 131 y 143 PDF); proyección del valor de la mesada pensional de la demandante, en el RAIS, elaborada por PROTECCIÓN S.A. (fls. 132-137 PDF); respuesta negativa de PROTECCIÓN S.A., a la solicitud de nulidad de traslado (fls. 138-141 PDF); historia laboral para bono pensional (fls. 144-145 PDF); consulta SIAF (fls. 146-147); reporte de estado de la cuenta de ahorro individual de la demandante (fls. 148-155)

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, indicando que, para el año 1994, trabajaba en la Fundación Clínica Shaio, a través de una sociedad médica que prestaba servicios en la Clínica, la habían afiliado al Seguro Social en pensiones, llevaba 10 años, pero, un día su jefe le dijo que iban a cambiar de Administradora de pensiones, y pasó a COLMENA; que, la visitó un asesor, y le dijo que, por orden del jefe, iban a cambiar de fondo; que, no le explicó mucho, lo único que le llamó la atención fue que le dijeron que podía pensionarse hacia los 40 años, y que, si para esa época no tenía las suficientes semanas cotizadas, podría retirar el dinero, diligenciaron un formulario, lo único que revisó fueron sus datos personales; que, posterior a su traslado, las Administradoras se fueron fusionando y cambiando, pero ella, tampoco recibió ningún tipo de información, sólo le llegaban los extractos; asegura que, sólo se preocupó por el tema pensional, cuando después de cumplir 48 años de edad, tuvo un tiempo libre y se acercó a COLPENSIONES, para hacer su traslado, pero le dijeron que no era posible aceptar su retorno al RPM, entonces no volvió a insistir, hasta el 2017, cuando fue PROTECCIÓN S.A., para que le informaran cuál sería el valor de su mesada pensional, pero lo indicaron que no era posible hacer un cálculo, porque había reformas pensionales y podría cambiar la proyección, lo que sí le aseguraron es que tenía derecho a una pensión de salario mínima.

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, obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., 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 HERRERA PINZÓN, 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 COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. 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 la activa a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PROTECCIÓN, 24 de junio 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.

De otra parte, considera la Sala, que la declaración de 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 apoderada de PROTECCIÓN S.A., 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 24 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **OLGA LUCIA HERRERA PINZÓN** 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.

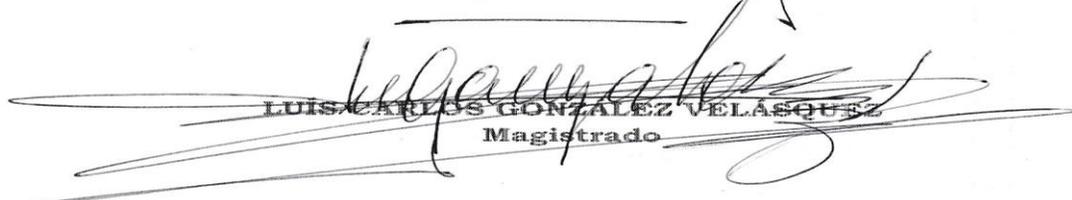
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandada y a favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYMÁN
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: 110013105026201900768-01

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 26 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MOISÉS ENRIQUE CHILITO RUÍZ** 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 132 vto a 135 vto

ANTECEDENTES

MOISÉS ENRIQUE CHILITO RUÍZ, 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 de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, ordenando a COLPENSIONES recibirlo como su afiliado, como si nunca se hubiera trasladado, en virtud del regreso automático; 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 4 de noviembre de 1956, y cumplió los 62 años de edad, el mismo día y mes del año 2018; que, estuvo afiliado al ISS, hasta el 25 de agosto de 1995, cuando se trasladó al RAIS, suscribiendo formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., sin que el asesor comercial de dicha Administradora, le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS; que, al momento de su traslado de régimen pensional no se hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse.

Refiere que la AFP PORVENIR S.A., realizó una simulación del posible valor de su mesada pensional, indicándole que, en la modalidad de retiro programado, a la edad de 62 años, cotizando un 100% o dejando de cotizar, recibiría la suma de \$781.242, mientras que, en el RPM, ésta ascendería aproximadamente a \$2.393.033, lo que resultan ostensiblemente superior y más favorable para él; que, el 10 de diciembre de 2018, agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, sin que a la fecha de presentación de la demanda, haya obtenido por parte de esa Entidad, respuesta alguna a su solicitud de nulidad de traslado (fls. 3-8).

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 prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 47-54).

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. 66-73).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de agosto de 2020, el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por el

demandante, al RAIS, condenando a la AFP PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el actor, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a COLPENSIONES a aceptar dicho traslado y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante en el RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., suscrito por el 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; aclarando que, si bien la demandada, alegó que el traslado del actor, no se efectuó en el año 1995, sino en el 2004, de acuerdo al formulario aportada por ésta y la consulta SIAF, donde se describe un retracto, era carga probatoria de suya explicar las características particulares que rodearon esa situación; sin embargo, hubo total ausencia probatoria al respecto, entendiéndose que el traslado del actor, se produjo en el año 2005; en cuanto al deber de información, indicó el a-quo que al actor, no se le explicó nada acerca del bono pensional, y si tenía o no derecho al mismo, menos aun cuándo se redimiría.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, argumentó que, su apelación era parcial, en relación con los gastos de administración, que debía devolver esa Administradora, pues, se trata de valores que no son descontados caprichosamente por esa AFP, 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 en que el actor estuvo afiliado; además, equivalen a la gestión adelantada por la Administradora, en aras de obtener unos rendimientos en favor del demandante; considera que la devolución a COLPENSIONES o el actor, 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.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora requiere 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 suplica 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 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, 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 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, formulario solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A. diligenciado el 25 de agosto de 1995 (fl. 12); reclamación administrativa radicada ante COLPENSIONES el 10 de diciembre de 2018 (fl. 14); historia laboral consolidada del demandante en la AFP PORVENIR S.A., (fls. 16-19); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 20); formulario de afiliación a la AFP PORVENIR, con fecha 09 de julio de 2004 (fl. 74); simulación valor mesada pensional en el RAIS (fls. 29-32); consulta SIAF (fl. 75); resumen de historia laboral para bono pensional (fls. 76-77); certificación de afiliación del actor a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 78); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual (fls. 79-86); relación de aportes a la AFP PORVENIR S.A. (fl.87-89).

También fueron aportadas declaraciones extra proceso de las señoras MABEL CECILIA SOLARTE PORTILLO y MARÍA ARLEY MELO DE SOLARTE, quienes informaron que, fueron compañeras de trabajo del demandante, para el año 1998, en la empresa LUBRICOMY LTDA, ubicada en la ciudad de Popayán; que, en los mes de julio y agosto de ese año, recibieron la visita del señor Ricardo Ortega, asesor comercial de la AFP PORVENIR S.A., quien, en una charla grupal que duró aproximadamente 1 hora, les explicó las “*supuestas*” ventajas de trasladarse al RAIS, como que la pensión futura iba a ser más cuantiosa, que iba a generar mejores intereses, que iba a ser más fácil solicitar su retiro anticipado; que, no recibieron la visita de otras AFP, ni del entonces ISS; no obstante, las mismas no coinciden con el dicho del demandante, quien al absolver interrogatorio de parte dentro del proceso indicó que un asesor de la AFP PORVENIR S.A., lo visitó en la oficina donde trabajaba, le explicaron la conveniencia de cambiarse de Administradora, porque el ISS se iba a acabar; que, él era el gerente de la empresa, los asesores llegaron a la oficina y hablaron únicamente con él, que la mesada pensional iba a ser mejor para él, pero no le hicieron ninguna proyección, no le explicaron nada relacionado con aportes voluntario, ni qué se tenía en cuenta para el reconocimiento de su mesada pensional ; que, esa

conversación duró en aproximadamente 15 o 20 minutos, que confió en la información brindada y firmó el formulario; que, durante el tiempo de afiliación al RAIS, no visitó ninguna oficina de la AFP, sino hasta hace un año, cuando se acercó para preguntar por el reconocimiento de la pensión de vejez.

También en el curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el representante legal de la AFP PORVENIR S.A., señalando que, no existe prueba adicional al formulario de afiliación del demandante, para acreditar la asesoría brindada al momento de su traslado de régimen pensional, que, la afiliación estaba precedida de información verbal, que para el momento del traslado estaban obligadas en cumplir las AFP; que, desconoce la hoja de vida del asesor comercial que intervino en la afiliación del actor; que, a todos y cada uno de los potenciales afiliados a esa Administradora, se les da información de las características del régimen y entre ellas, se indica la posibilidad de hacer aportes voluntarios.

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 MOISÉS ENRIQUE CHILITO RUÍZ, 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 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 través del formulario de vinculación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., suscrito el 25 de agosto 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; debiendo aclarar la Sala, que, en todo caso, de haberse demostrado por la AFP demandada, que realmente la vinculación del actor a esa Administradora, se realizó el 9 de julio de 2004, se llegaría a la misma conclusión, ante la ausencia de prueba alguna que permitiera demostrar que esa accionada cumplió con su deber legal de brindar al señor MOISÉS ENRIQUE CHILITO RUIZ, en aquella oportunidad, información clara, pertinente, oportuna y eficaz respecto a las implicaciones que traería su pensión de vejez, la decisión de traslado de régimen pensional.

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, 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, 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 26 de agosto de 2020, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MOISÉS ENRIQUE CHILITO RUÍZ** 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.

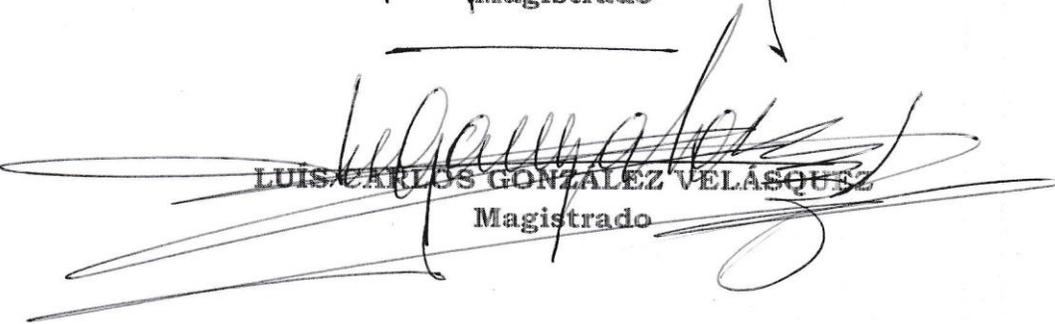
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYMÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

