



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

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105032201900822-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **CARLOS ARTURO MARIÑO GUACHA S** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al Dr. MIGUEL ANGEL RAMÍREZ GAITAN quien obra en nombre y representación de la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION y como apoderada sustituta a la Dra. DIANA JOHANNA BUITRAGO RUGE, identificados como aparece en los poderes a ellos conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fl. 10)

ANTECEDENTES

CARLOS ARTURO MARIÑO GUACHA, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el día 1° de mayo de 1998 del ISS hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS por la indebida y nula información que suministró el fondo

privado para convencerlo que se trasladara de régimen pensional dando aplicación a lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, mediante extensa jurisprudencia, se declare como la única afiliación válida la efectuada el 24 de abril de 1980 al RPMPD; y como consecuencia se ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular el traslado de régimen efectuado el 1° de mayo de 1998, se ordene a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual; y se ordene a esta última entidad recibirlo sin solución de continuidad y que una vez reciba los aportes proceda a corregir y actualizar la historia laboral; costas y gastos del proceso; y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 20 de julio de 1954; se afilió al sistema general de pensiones con el RPMPD el 24 de abril de 1980 cotizando un total de 908 semanas con el ISS; se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS cotizando 1.131 semanas; cotizó un total de 2.039 semanas entre ambos regímenes; no le informó la AFP antes del 20 de julio de 2004 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión pero sí le informó que su pensión de vejez en el RAIS sería de \$4.902.447 como mesada para el año 2019; conforme a su historia laboral se puede establecer que tiene un IBL para el año 2019 de \$16.211.460 suma que aplicando una tasa de reemplazo del 70,71% arroja para esa anualidad una mesada pensional en COLPENSIONES de \$11.463.123; razón por la cual ha elevado solicitud de nulidad de traslado ante las demandadas. (fls 2-16 sub 80)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con su edad, su afiliación a cada una de ellas, el valor de su futura mesada pensional en el RAIS y en el RPMPD y las solicitudes elevadas ante las demandadas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

planteó las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005), que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de

COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica. (fls 84-114 sub carpeta 5).

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A no planteó las excepciones de mérito. (carpeta 3 fls 2-5 sub carpeta 7)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de agosto de 2021 el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado a través de PORVENIR S.A de fecha 5 de marzo de 1998; condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los dineros que obren por concepto de aportes efectuados por el demandante durante su afiliación incluyendo lo descontado por concepto de gastos de administración y los rendimientos que se hayan causado; ordenó a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO los dineros que haya recibido por concepto de bono pensional incluyendo los rendimientos que hayan generado estos recursos; ordenó a COLPENSIONES recibir al demandante como afiliado al RPMPD sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz; condenó en costas a la demandada COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos(2) SMLMV. Sin costas respecto de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación para que sea revocada la sentencia de primera instancia toda vez que no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica bajo el entendido que COLPENSIONES fue un tercero ajeno al acto jurídico celebrado en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que no puede ser favorecida ni perjudicada con tal decisión, asimismo se afectaría el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, frente a la condena en costas solicita que se revoque ya que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna sobre la decisión del traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia por cuanto no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, encontrándose la demandante inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, debiéndose procurar la sostenibilidad financiera de sistema, a lo que se suma que no probó el supuesto de hecho que reclama conforme el artículo 167 del CGP. Entre tanto, la parte actora insistió en la confirmación de la providencia apelada dando alcance a la jurisprudencia de la CSJ SL sobre el tema y en especial en la inversión de la carga de la prueba, no habiendo probado las demandadas haber brindado la información necesaria.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **iii)** si en el caso de confirmarse la sentencia se debe condenar a COLPENSIONES a pagar las referidas costas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 356 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por PORVENIR S.A diligenciado el 5 de marzo de 1998 con fecha de efectividad del 1 de mayo del mismo año, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 8 carpeta 7), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada 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 FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 5 de marzo de 1998 con efectividad el 1° de mayo de ese

año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

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

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

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

(...)

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

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

Así las cosas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no se encuentra soporte legal y fáctico para que se acceda a revocar.

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

agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.¹

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

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

Por lo expresado, toda vez que el A quo condenó en costas a COLPENSIONES ya que la sentencia fue desfavorable a sus intereses, es por lo que se confirma tal determinación.

En esta instancia a cargo de la demandada recurrente y en favor de la parte actora. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por CARLOS ARTURO MARIÑO GUACHA contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES Fijese como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$1.000.000 Las de primera instancia se confirman.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

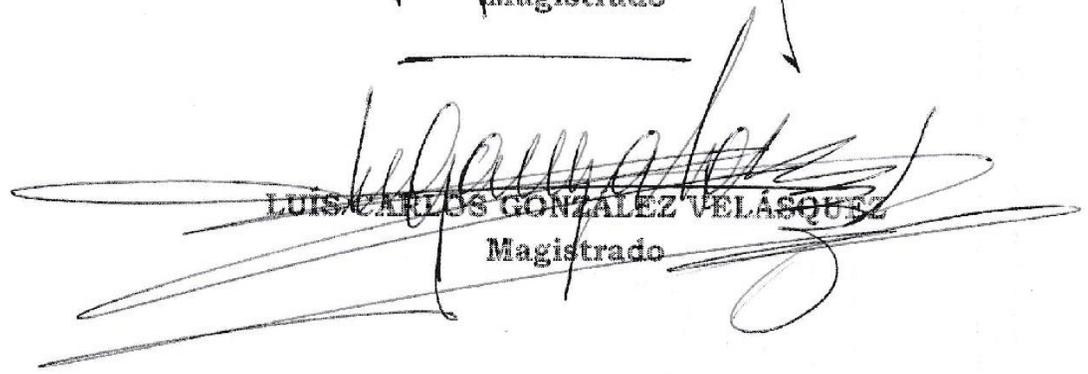
Los magistrados



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado