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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501420180074O-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 las apoderadas de PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida con ocasión al traslado de expedientes dispuesto mediante los acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALEXA MARÍA AMADOR CHALJUB** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **OLD MUTUAL S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.; no sin antes reconocer como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. Claudia Liliana Vela y como apoderada sustituta a la Dra. Astrid Jasbleyde Cajiao Acosta en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 143 a 147.

ANTECEDENTES

ALEXA MARÍA AMADOR CHALJUB, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, se declare nula su afiliación al RAIS; y, en consecuencia, condena a PROTECCION S.A., a registrar en el Sistema de Información de las Administradoras privadas de pensiones, que su afiliación a la AFP DAVIVIR, estuvo viciada de nulidad; que, se condene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, como Administradora, a la cual se encuentra actualmente afiliada, a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás; condenar a COLPENSIONES, a activar su afiliación al RPM; que se conceda la ultra y extra petita y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, solicita que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, por el incumplimiento de los deberes legales de información; debiendo, PROTECCION S.A., registrar en sus sistemas de información que dicho traslado fue ineficaz.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 13 de mayo de 1962; que, inició su vida laboral el 11 de diciembre de 1981, efectuando sus aportes a pensión en el Instituto de Seguros Sociales, hasta octubre de 1995, cuando ingresó a laborar a la Capitalizadora Bolívar S.A., siendo abordada por un representante de la AFP DAVIVIR S.A. hoy PROTECCION S.A., quien la persuadió para que se trasladara al RAIS, porque *"era lo mejor que había en el mercado, que el sistema pensional estaba colapsado, que se podía pensionar en cualquier momento sin explicar los requisitos, que la pensión se podía heredar, sin explicar las modalidad"*, además, que, esa Administradora de pensiones, pertenecía al mismo grupo empresarial de Seguros Bolívar, su nuevo empleador.

Indica que, la AFP DAVIVIR S.A., hoy PROTECCION S.A., no le informó la naturaleza y características del RAIS, ni que la pensión se financiaba con el monto ahorrado en su cuenta individual; menos aun cuáles eran las consecuencias, ventajas y desventajas que traería la suscripción del formulario de afiliación al RAIS; tampoco le explicaron que el monto de la pensión dependería de los rendimientos financieros y las características del mercado bursátil, no le hicieron un comparativo, ni una proyección del valor de la mesada pensión en uno y otro régimen, no le dio información clara y precisa sobre las implicaciones negativas de su afiliación, ni que, posiblemente en el RAIS, su mesada pensional disminuiría un 68%, a la que le otorgaría el RPM.

Refiere que, no le informaron que la fecha de redención del bono pensional seria a los 60 años de edad, ni que, antes de cumplir 47 años de edad, podía retornar al RPM. Que, en agosto de 2011, se afilió a SKANDIA OLD MUTUAL S.A., y, en julio de 2018, contrató una asesoría por cuenta propia, con la cual pudo concluir, que, su traslado al RAIS, la había perjudicado, por lo

que solicitó a las demandadas, la nulidad de su afiliación, obteniendo una respuesta negativa al respecto (fls.97-115 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

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. 207-221 PDF).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica; adicionalmente, formuló la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, solicitando vincular a COLFONDOS S.A., donde la actora estuvo afiliada con anterioridad al 1 de julio de 2008, cuando se cambió a PROTECCION S.A. (fls. 249-291 PDF).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de COLPENSIONES, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica (fls.303-315 PDF).

En la audiencia del artículo 77 del CPT y SS, celebrada el 25 de febrero de 2021, se ordenó integrar como parte pasiva, a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, quien también contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al Fondo de Pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Archivo No. 15 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de abril de 2021, el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS; ordenó a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos y rendimientos; ordenó a PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A y SKANDIA S.A., reintegrar a COLPENSIONES y de su propio patrimonio, los deterioros sufridos por los recurso administrados a la actora, incluidos gastos de administración, a prorrata del tiempo en que la actora, permaneció afiliada a cada una de esas Administradoras; ordenó a COLPENSIONES, aceptar a la actora en el RPM, reactivar su afiliación y corregir su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCION S.A.

Al respecto, consideró el a-quo, que, era obligación de DAVIVIR S.A. hoy PROTECCION S.A., demostrar haberle brindado a la actora, la asesoría previa y al momento de su traslado de régimen; sin que el formulario de afiliación, por si solo, tenga la capacidad de acreditar el cumplimiento del deber de información; sin que el tiempo en que la demandante, permaneció en RAIS, ni los cambios horizontales de Administradora, pueden convalidar su traslado o suplir la obligación de asesoría que se constituye en un pilar de la libertad de selección y su menoscabo afecta derechos de índole fundamental, que no pueden ser reparados por el paso del tiempo.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, manifestó su inconformidad, sólo en lo relacionado con la devolución de los valores correspondientes a gastos de administración y el valor descontado por seguro previsional, por tratarse de descuentos autorizados por la ley, que se cobran tanto en el RAIS, como en el RPM; que, en el expediente se encuentra acreditado durante el tiempo en que la actora perteneció a esa AFP, cumplió con el adecuado manejo y gestión de sus aportes, y con ello causó unos rendimientos a su favor, por lo que, la condena impuesta constituiría un enriquecimiento sin justa causa, a favor de COLPENSIONES, por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, sumado a que se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de su buena gestión, por lo que tendría PROTECCION S.A., derecho a conservar dicha comisión como restitución mutua; 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, operó la prescripción, por tratarse de conceptos que se fueron descontando en la periodicidad que indica la Ley, que no financian la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que sí prescriben.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, indicó que, en el presente asunto, no cumplió la demandante con la carga dinámica de demostrar la falta de deber de información por parte de los Fondos privados, por lo que no habría lugar a declarar la ineficacia del traslado; que, la demandante, al momento de su traslado de regimen pensional, no tenía una expectativa legitima para pensionarse, por lo que no se puede recibir en el RPM, por encontrarse inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues, ya cuenta con la edad requerida para acceder al derecho pensional, por lo que de recibirla nuevamente en el RPM, no sólo se estaría actuando en contra de la Ley, sino que se descapitalizaría el sistema pensional, comoquiera que, no ha cotizado dentro de ese régimen pensional, por más de 20 años, y estaría dejando en desventaja a quienes sí han permanecido en el RPM.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante insistió en la confirmación del fallo de primera instancia atendiendo que las AFP no le brindaron una amplia, veraz, oportuna, pertinente y clara información al momento de la afiliación. Entre tato COLPENSIONES solicitó la revocatoria porque la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de retornar al RPM conforme la SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, además que no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima para pensionarse, no habiendo demostrado ningún vicio en el consentimiento.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCION S.A y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar, i) si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ii) sí la carga de probar el incumplimiento en el deber de información correspondía a la demandante; iii) si con declaración de ineficacia del traslado de régimen de la actora, 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 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. 11001310502820130062 6-01, 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 especifico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

154

Al respecto, al plenario se allegó, historia laboral valida para bono pensional (fls. 5-12, 170-172 PDF); memoriales solicitando a las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional, con su respectiva respuesta negativa (fls. 13-28, 195-206, 247-248 PDF); formulario de afiliación al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA, suscrito el 21 de junio de 2011, con efectividad a partir de agosto de 2011 (fl. 150 PDF); estado de cuenta individual de la demandante, en OLD MUTUAL (fls.151-160 PDF); historia laboral consolidada en OLD MUTUAL (fls. 161-169, 178-194 PDF); simulación valor mesada pensional, elaborada por OLD MUTUAL (fls. 173-177 PDF); formato de Pensiones y Cesantías SANTANDER historia laboral para iniciar proceso reclamación de bono pensional (fl.230, 234-235 PDF); formulario de vinculación a PROTECCION S.A. de fecha 01 de julio de 2008, con fecha de efectividad, 1 de septiembre del mismo año (fl.232 PDF); comunicación del 16 de agosto de 2002, dirigida por PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER a la actora, informándole la valorización de su bono pensional (fl. 233 PDF); reporte estado de cuenta de la demandante en PROTECCION S.A. (fls.237-245 PDF); consulta SIAF (fl. 246 PDF); certificación expedida por COLPENSIONES, traslado régimen pensional de la demandante (fl. 302 PDF); reporte de semanas cotizadas por la actora en COLPENSIONES (fls. 316-319 PDF); expediente administrativo COLPENSIONES (Archivo No. 02 PDF).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, la representante legal de PROTECCION S.A., quien informó que, además del formulario de afiliación suscrito por la actora a la AFP DAVIVIR, no existe otro documento donde conste la asesoría brindada, pues, para ese momento, el deber legal de información, se limitaba a la firma libre y espontanea del formulario de afiliación; que, para la fecha de traslado de la actora al RAIS, se exigía que los asesores tuvieran grado profesional en carreras administrativas, además, tenía todas las capacitaciones que se hacen al personal que ingresa nuevo a la Empresa; capacitaciones que consisten en una fase práctica y otra teórica, por ende, se capacitan en todo lo que tiene que ver con el negocio mandatorio, que son pensiones obligatorias, y, una vez realizan dichas capacitaciones, si pasan unos exámenes, pueden salir a asesorar y a vender el producto, que es la afiliación.

Por su parte, la demandante, indicó que, ingresó a laborar a Seguros Bolívar, en el año 1995 y en octubre de ese mismo año, la Compañía era dueña de DAVIVIR, por lo tanto, todos los empleados se afiliaron a esa Administradora, confiando totalmente en la Compañía, les dijeron que no había ningún problema, pero no les explicaron las características, la naturaleza del riesgo, ni las consecuencias que podía tener a futuro esa afiliación, diligenció el formulario y confió en el respaldo de la Empresa donde estaba trabajando; que, no fueron visitados por ningún asesor de DAVIVIR, simplemente les dieron el formulario y firmaron; que, no fue presionada o coaccionada para firmar el formulario de DAVIVIR; que, como asesora comercial, quiso ayudar a una compañera para que cumpliera su

meta de fin de mes y por eso se trasladó a COLFONDOS S.A., diligenció el formulario, pero tampoco le explicó nada del RAIS, igual sucedió cuando se cambió a OLD MUTUAL, donde se afilió para que la asesora, que era conocida, recibiera un premio, pero nunca le dijo las consecuencias, ni características de esa Administradora; que, en varias oportunidades le pidió a su amiga información acerca de su situación pensional en OLD MUTUAL, pero no le dio información, entonces llamó a esa AFP, pidió una cita con el gerente, él la atendió y le hizo una simulación del posible valor de su mesada pensional, fue ahí cuando se dio cuenta del problema que tenía; que, OLD MUTUAL, sólo le mandó extractos después de que ella habló con el gerente, porque con anterioridad no los había recibido, ya que, ni siquiera tenían los datos correctos de su correo electrónico; que, nadie le explicó la posibilidad que tenía de retornar al RPM, antes de estar a 10 años de edad para pensionarse.

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

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

155

afiliación realizada por la activa a DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PROTECCION S.A., el 27 de noviembre de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que los posteriores cambios de Administradora, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y SKANDIA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."*.

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.

En relación con la inconformidad de la apoderada de PROTECCION 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)

Además, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

> *“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”*

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.

158

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 abril de 2021, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ALEXA MARÍA AMADOR CHALJUB** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, **COLDONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **OLD MUTAL 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 PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000.oo, a cargo de cada una de las demandadas 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 GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

22 JUN 10 PM 5:11

000004