



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

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105037202000493-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 Luis 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 demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **OLGA ESPERANZA RODRIGUEZ RODRIGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

**ANTECEDENTES**

**OLGA ESPERANZA RODRIGUEZ RODRIGUEZ**, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare que fue asesorada equivocadamente por PORVENIR S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a PORVENIR S.A., trasladarla a COLPENSIONES, que se ordene a COLPENSIONES, a aceptar el traslado, junto con la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún

descuento, que se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, inicio sus aportes a pensión en el RPMPD a través del ISS hoy COLPENSIONES, cotizó un total de 936.86, semanas al RPMPD, que suscribió el formulario de afiliación a la A.F.P. PORVENIR S.A., el 30 de septiembre de 1998, cuando a su lugar de trabajo llegó un representante de PORVENIR S.A., para convencerla de afiliarse a dicho fondo de pensiones, asegura que el asesor omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como también de las características de ambos regímenes pensionales, no le informaron las condiciones de acceso de una pensión de vejez en el RPMPD y de una pensión de vejez en el RAIS; no le indicaron cuáles eran los factores que intervenían en la definición de la mesada pensional en cada uno de los regímenes pensionales, no le comunicaron que en caso de tener derecho a la pensión de vejez, cuál sería el monto de su pensión de vejez en cada uno de los regímenes pensionales, mediante proyecciones objetivas que le permitieran tomar una decisión informada y consciente, que PORVENIR S.A., no adelanto ninguna gestión tendiente a brindarle reasesoria pensional para revisar si según sus condiciones le resultaba más favorable permanecer en el RAIS o retornar al RPMPD, no le informaron que una vez estuviese a diez años o menos para cumplir la edad de pensión ya no podría retornar a COLPENSIONES. Indicó, que tiene como ingreso base de liquidación \$6.997.537, de acuerdo con la liquidación efectuada por la firma YABAR LIQUIDACIONES; y de acuerdo con proyección pensional realizada por la misma firma, la pensión que le habría correspondido en COLPENSIONES es aproximadamente de \$5.598.030.

Además, expuso que el 11 de febrero de 2003, esto es cuando la demandante tenía 42 años, radico al ISS, solicitud para retornar al RPMPD, por lo anterior, a partir del mes de febrero de ese mismo año (2003), los aportes a pensión, empezaron a realizarse al ISS, según se observa en la historia laboral expedida por COLPENSIONES, información que se reflejó de igual manera en los comprobantes de nómina; que desde el año 2003, no recibió ningún tipo de comunicación por parte de la A.F.P PORVENIR S.A., por lo tanto, estaba convencida que se encontraba afiliada al RPMPD, desde el año 2003, sin embargo, se enteró en el año 2014, que su solicitud de traslado para retornar al RPMPD, había sido rechazada y emprendió varias solicitudes ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de resolver la situación; sin obtener respuestas favorables, viéndose obligada a dar inicio a un proceso ordinario laboral, bajo el radicado 32-2018-329, a fin de obtener la declaratoria de nulidad del rechazo del traslado, del RAIS al RPMPD. En primera instancia, el juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá, determino que el problema jurídico se suscribía a indagar si era procedente la declaratoria de nulidad en el rechazo del traslado de régimen; que el fallo de primera instancia proferido el 29 de julio de 2019; declaró probada la excepción de prescripción; razón por la cual interpuso recurso de apelación,

mismo que fue conferido en efecto suspensivo; que mediante audiencia celebrada el 29 de agosto de 2019; en el H. TSB-SL, con ponencia del Magistrado Dr. Miller Esquivel Gaitán, se procedió en primer lugar a “enderezar” el problema jurídico que había sido planteado por el juzgador de primera instancia; en el sentido de señalar que en el caso de la referencia no se discutía sobre la validez del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS, sino sobre la nulidad del rechazo de la solicitud de retorno al RPMPD, que radicó en el año 2003; que en la misma audiencia el H. Magistrado, procedió a revocar el ordinario primero de la sentencia apelada y confirmar en lo demás señalando que la solicitud de retorno al RPMPD, presentado, no sería válido toda vez que para la fecha en que se presentó, la demandante no cumplía con el periodo mínimo de permanencia en el RAIS, sin embargo, aclaró nuevamente que en este caso no se discutió la validez del traslado del RPMPD al RAIS, sentencia que se encuentra en firme y debidamente ejecutoriada.

Por otra parte, expuso que el 04 de agosto de 2020, solicitó ante la A.F.P PORVENIR S.A., que se anulara la afiliación, requiriendo copia del formulario de afiliación y una proyección pensional comparada entre el RAIS y el RPM; que PORVENIR A.F.P, emitió respuesta negando la solicitud de ineficacia de la afiliación y le informó que la pensión a la que tendría derecho en este fondo de pensiones sería de \$1.970.600 a los 60 años y allegó copia del formulario de afiliación suscrito por la demandante, adicionalmente informó que la A.F.P PORVENIR, no dio respuesta frente a la solicitud de entregar la proyección pensional comparativa respecto al RPM, faltando de esta manera con la obligación legal contenida en el numeral 3, artículo 3 del decreto 2071 de 2015.

Indicó, que el 19 de agosto de 2020, solicitó ante COLPENSIONES, con radicado No. 2020-8033349, la activación de su afiliación a COLPENSIONES, la cual fue negada por COLPENSIONES, por cuanto estaba dentro de la prohibición legal de los diez años, para cumplir la edad de pensión.

### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y 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 previas de cosa juzgada y excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y innominada o genérica (fl. 1 a 18 archivo 7).

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 de la obligación y buena fe. (fls. 1 y 38 archivo 08).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 10 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., señalando como consecuencia de tal declaración a PORVENIR S.A. trasladarla a COLPENSIONES, junto con todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la demandada COLPENSIONES, presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación solicitando revocar el fallo, con fundamento en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, argumentando que quien afirma la ocurrencia de un hecho es quien debe soportar probatoriamente la carga que ellos genera y que, en este caso, la demandante no demostró que la AFP hubiese incurrido en un vicio que anule la afiliación.

Por otra parte, indicó que hasta el año 2016, los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para aprobar el conocimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que consideró que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, se constituye una situación de carácter imposible y desvirtuad el principio de confianza legítima.

Fundamentó su recurso en que, en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, esta si tenía conocimiento del RAIS, dadas las calidades profesionales que tenía y al ser funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, como perito contable. Además, que cuando se le interrogó dijo conocer los requisitos en RPMPD, para poder acceder a la pensión y más en el caso de ella cuando manifestó ser beneficiaria de la pensión de alto riesgo,

pues declaró que entre más semanas tuviera, el monto de su pensión iba a ser más alto y pues podría acceder a la pensión con menos edad.

Advierte, que pasaron más de 15 años en los cuales la demandante no contribuyó con el fondo que financia las pensiones de las personas que han guardado fidelidad al RPMPD, lo que conlleva al detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de sostenibilidad financiera, contemplado en el artículo 48 de la Constitución de 1991, adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005, que impacta en la reserva pensional, por lo que obtener una pensión por parte del RPMPD, supondrá un menoscabo patrimonial a la entidad.

Indicó que la entidad negó la posibilidad de retorno de la demandante al RPMPD, atendiendo las disposiciones normativas vigentes, como es la imposibilidad de pasar o de trasladarse de fondo de pensión, pues la afiliada no cumplía con los 5 años vinculados en dicha normativa, y afirmó que frente los valores de las cotizaciones que ingresaron a COLPENSIONES, los mismos se restituyeron a la AFP PORVENIR S.A., razones por las cuales, solicita que no se impongan costas a COLPENSIONES, además, de lo estipulado en el artículo 365 de la Constitución Política.

De manera subsidiaria, solicitó que, en caso de confirmarse la sentencia, se ratifique la devolución de aportes con los respectivos rendimientos y acceder a la devolución de los gastos de administración, con el fin de evitar un menoscabo o un detrimento en el equilibrio económico del RPMPD.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, requiere que no se le condene por ninguna de las pretensiones incoadas en cuanto a que el demandante tuvo la oportunidad de elegir en cual régimen estar, además de ello si se condena a la entidad afirma que se estaría dando lugar al decremento de sostenibilidad financiera del sistema.

Entre tanto la parte actora peticiona que se confirme la sentencia en primera instancia porque la AFP se sustrae de su deber de información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado, sin que se entienda satisfecho con la simple suscripción del formulario de afiliación, entonces la consecuencia necesaria será, la ineficacia de la afiliación, por existir vicios en el consentimiento, al no contar con los elementos necesarios para tomar una decisión objetiva de su traslado de régimen.

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

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

### **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS**

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 19 de agosto de 2020 y su respuesta el 25 de agosto de la misma anualidad (fls. 85 y 90 archivo 01).

### **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 1° 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 2°. de mayo de 1960 (fl. 6 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1°. de octubre de 1979 y el 30 de septiembre de 1998, 936,86 semanas (folios. 56 a 71); iii) que el 30 de septiembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1°. de noviembre de 1998, (folios. 40 Archivo 08) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 2,060 semanas (fls. 42 a 82 Archivo 08).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, se trasladó de régimen de RPMPD al RAIS, de manera libre, voluntaria y sin presiones, sin embargo aclara que no le explicaron correctamente, que básicamente lo que le dijo el asesor de PORVENIR S.A., el cual la abordó en la oficina de la Fiscalía General de la Nación, entidad para la que trabajaba, era que por ser una empleada de libre nombramiento y remoción, era muy probable que en cualquier momento le terminaran el contrato, entonces que en caso de ocurrir esa situación PORVENIR S.A., le devolvía los aportes, más los intereses y podía invertir estos recursos, situación que no pasaría con el Fondo Público, donde debía esperar a cumplir los requisitos para la pensión de vejez y que en caso de no cumplirlos, se perderían las semanas cotizadas; que no le explicaron que al trasladarse al RAIS, no podía seguir cotizando como alto riesgo, por ser empleada de la Fiscalía General de la Nación, mencionó que en el Seguro Social, podía pensionarse con menos edad y menos semanas cotizadas al ser una cotizante de alto riesgo, que no le explicaron que era una cuenta de ahorro individual, las cuales generaban un rendimiento; que no le informaron que podía retractarse de la afiliación dentro de los siguientes 05 días hábiles, no le expusieron cuáles eran los requisitos para pensionarse en el RAIS, que nunca le llegaron extractos de la cuenta de ahorro individual. Que, en el año 2003, decidió cambiar de régimen, porque hablando con sus compañeros de trabajo se dio cuenta de la falta de asesoría y engaño por parte de PORVENIR S.A., adiciona que en el 2008, la Fiscalía General de la Nación, expidió la ley 223, en la que estableció que todos los funcionarios públicos de dicha entidad debían afiliarse a COLPENSIONES, por ser empleados de alto riesgo, pero como en los desprendibles de nómina registraba aportando a COLPENSIONES, nunca realizó gestiones para cambiarse de régimen, porque tenía la buena fe que

estaba cotizando en COLPENSIONES, que para cuando tenía 54 años de edad y decidió pensionarse por un accidente laboral que tuvo, se dio cuenta que no registraba afiliada a COLPENSIONES.

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 PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora OLGA ESPERANZA RODRIGUEZ RODRIGUEZ, 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 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 RPMPD, 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 PORVENIR S.A., el 30 de septiembre de 1998, la cual tuvo fecha de efectividad el 1º. de noviembre de 1998, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no sule el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de OLGA ESPERANZA RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

De otra parte, en cuanto a la solicitud elevada por COLPENSIONES, que se ordene a PORVENIR S.A. el reintegro de los rendimientos y acceder a la devolución de los gastos de administración, basta indicar que, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de julio de 2020, con radicado 78667, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS, debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo tanto, dentro de los valores a devolver al RPM, debe incluirse todo aquello que la Administradora privada de pensiones, retuvo a título de cuotas de

administración y comisiones, seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional; aclarando que:

*“En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.*

*Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos previsionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

Teniendo en cuenta lo anterior, se accederá a lo solicitado por COLPENSIONES, en consecuencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia apelada, ordenando a PORVENIR S.A., también devolver a COLPENSIONES, los valores descontados al demandante, durante el tiempo que estuvo afiliado a esa Administradora, por concepto gastos de administración, pago de seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima. Así mismo, deberá retornar los valores tales como cotizaciones, rendimientos financieros, comisiones, bonos previsionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ s11421 y s11688 ambas de 2019 y s1638-2020, s15292-2021, s11017, s11022, s11125 y s11497 y s11501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma

indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor 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, 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 COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se 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.

Sin COSTAS en la Instancia. Se confirman las de Primer Grado.

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: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia apelada proferida el 10 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de, también condenar a la demandada **la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas a la señora **OLGA ESPERANZA RODRIGUEZ RODRIGUEZ**, **por concepto** de pago de seguros previsionales, aportes para garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO:** Sin COSTAS en la Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

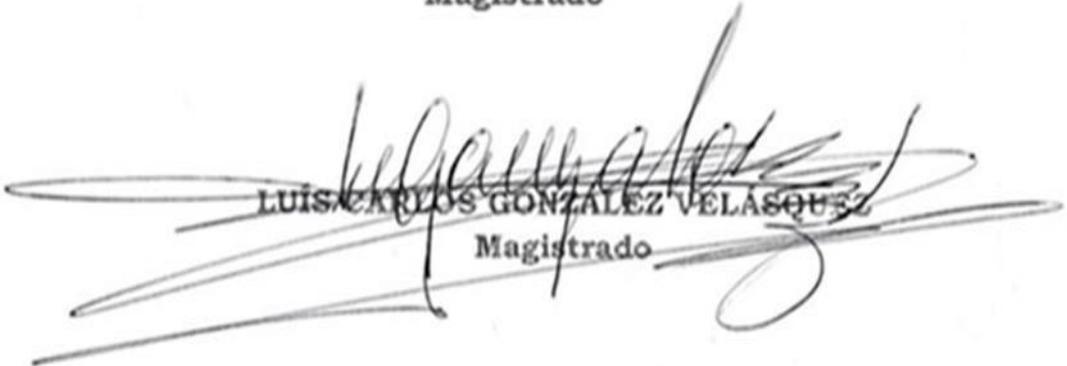
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



**JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado Ponente

**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**  
Magistrado

GM



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

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**Proceso: 110013105029202000230-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 las demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 18 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ELBA CONSUELO LEON MORA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**

**ANTECEDENTES**

**ELBA CONSUELO LEON MORA**, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., para que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a mediados del año 2005 con COLFONDOS S.A. y a

comienzos del año 2008 con PROTECCIÓN S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones, que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de dicha afiliación, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado en virtud del regreso automático, que se condene lo extra y ultra petita y en costas a las demandadas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 4 de diciembre de 1961, que se afilió al RAIS con COLFONDOS S.A. en el año 2005 y en el año 2018 se trasladó al fondo PROTECCIÓN S.A. quien al momento de la afiliación le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida bajo la modalidad de retiro programado con una fidelidad del 100%, en la cual le indicaron que por no contar con el monto de capital mino requerido, ni el número de semanas cotizadas para tener derecho a la pensión, le harían una “devolución de saldos”, que realizó la simulación pensional con el RPMPD por COLPENSIONES, conforme a lo contemplado en la ley 797 de 2003, teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años cotizados, aplicando una tasa de remplazo equivalente al 61,84% la proyección sería cuando cumpliera el requisito de semanas, esto es para el año 2025, obtendría una mesada pensional equivalente a la suma de \$5.018.793, que comparado las simulaciones pensionales en los dos regímenes, logró evidenciar como la mesada pensional del RPMPD es superior, que sumadas las semanas cotizadas y las proyectadas al sistema general de pensiones eso desde el 28 de diciembre de 1987 y el 28 de febrero de 2025, arroja un total de 1.306 semanas cotizadas (25 años , 4 meses. 22 días).

Finalmente, afirmo que el 03 de marzo de 2020, solicitó a COLPENSIONES, el traslado de régimen pensional, el cual fue negado por la entidad, el mismo día. (Fls 4-11).

## **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (folios. 3-25).

**COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS:** propuso las excepciones que denominó como: 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la actora al régimen de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago. (folios. 1-17).

**LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada o genérica. (folios 1-24).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 18 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, ante COLFONDOS S.A., el 07 de septiembre de 2005, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; ordenó a Protección S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia; ordenó a COLPENSIONES a recibir de Protección S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. Sin condena en costas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia, en contra del numeral segundo, argumentando que se adicionen los gastos de administración en el numeral segundo a favor de COLPENSIONES, el cual se evidencia dentro de la sentencia SL 3464 de 2017 por la magistrada ponente Clara Cecilia Vélez Quevedo, en donde manifestó esta consecuencia con cargo al fondo privado.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos legales,, COLPENSIONES, peticiono que se le absuelva ya que no se probaron los vicios de consentimiento, afirma que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas al momento de suscribir la afiliación, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo.

De oro lado el apoderado de parte demandante, solicito tener en cuenta los siguiente argumentos, los principios de buena fe se dé su representada, la insuficiencia de la información por parte de la AFP, y solicita se confirme la sentencia de primera instancia en pro de los derechos constitucionales fundamentales invocados y que al momento de tomar una decisión de fondo se acceda a confirmar la sentencia y se reconozca la integridad de los derechos sustanciales reconocidos en la parte motiva.

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

## **CONSIDERACIONES**

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

## **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS**

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 3º de marzo de 2020 (folios. 15) y su respuesta el mismo día (folios. 17-18).

## **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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 4 de diciembre de 1961 (fl. 13); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 28 De diciembre de 1987 y el 26 de febrero de 2003, cotizando 324,86 semanas (Folios 20 - 23); iii) que el 7° de septiembre de 2005, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 1° noviembre del 2005, (folios 16 - 17 Archivo 14), posteriormente se trasladó a pensiones y cesantías Santander hoy Protección S.A, el día 28 de febrero de 2008, con fecha de efectividad 1° abril de 2008 administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1087.43 semanas (Folios 36 - 54 Archivo 004).

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte de la demandante, quien informó que, para el año 2005, cuando se encontraba trabajando para la Universidad Libre, una funcionaria de COLFONDOS S.A., le solicitó un tiempo para hablar con ella, accediendo la demandante, que le manifestó las ventajas de afiliarse al RAIS, indicándole que la mesada pensional era mucho más alta en el RAIS que en el RPMPD, que el ISS, se iba a acabar, le dijo que se podía pensionar antes de la edad pensional establecida por la ley, razones que le parecieron válidas para trasladarse de régimen y diligenció el formulario de afiliación. Afirmando que nunca le informaron acerca de los aportes voluntarios que podía realizar y los rendimientos de estos, que no se acercó ante COLFONDOS, a solicitar más información de la brindada por la asesora, que se desea cambiar de régimen, ya que, se enteró que en COLPENSIONES, tiene mejores beneficios y se siente engañada porque los fondos privados no le brindaron información amplia, suficiente y veraz.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A., obligada a 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 ELBA CONSUELO LEON MORA, 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 COLFONDOS 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 RPMPD, 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 7° de septiembre de 2005, la cual tuvo fecha de efectividad el 1° noviembre del 2005, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021).

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020).

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de ELBA CONSUELO LEON MORA.

De otra parte, en cuanto a la solicitud elevada por COLPENSIONES, de que sé que adicione el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, ordenando a Protección S.A. el reintegro de los gastos de administración basta indicar que, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de julio de 2020, con radicado 78667, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS, debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo tanto, dentro de los valores a devolver al RPM, debe incluirse todo aquello que la Administradora privada de

pensiones, retuvo a título de cuotas de administración y comisiones, seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional; aclarando que:

*“En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.*

*Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

Teniendo en cuenta lo anterior se accederá a lo solicitado Por COLPENSIONES, en consecuencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia apelada, ordenando a PROTECCION S.A., también devolver a COLPENSIONES, los valores descontados al demandante, durante el tiempo que estuvo afiliado a esa Administradora, por concepto gastos de administración, pago de seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima. Así mismo, deberá retornar los valores tales como cotizaciones, rendimientos financieros, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consiste en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor 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.

Sin COSTAS en la Instancia. Se confirman las de Primer Grado.

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**

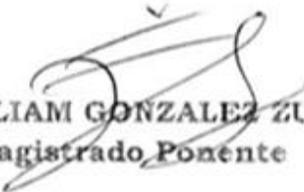
**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia apelada proferida el 18 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de, también condenar a la demandada **la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A**, a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas a la señora **ELBA CONSUELO LEON MORA, por concepto** de pago de seguros previsionales, aportes para garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

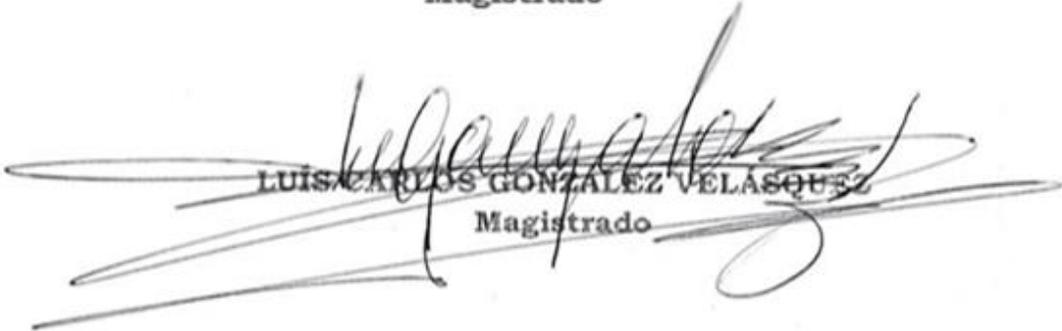
**TERCERO:** Sin COSTAS en la Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN  
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado