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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500220190073001

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre 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 COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SAMUEL VILLAMIL GUZMÁN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.;** no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora Viviana Moreno Alvarado, quien se identifica con Cedula de ciudadanía No. 1.093.767.709 De Los Patios, abogada en ejercicio portadora de la Tarjeta Profesional No. 269607 del C. S. de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

SAMUEL VILLAMIL GUZMÁN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., para que se declare la nulidad absoluta y/o ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS, a través de la AFP HORIZONTE, hoy COLFONDOS S.A; que como consecuencia de lo anterior, se declare que siempre estuvo válidamente afiliado al RPMPD y que no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implican el traslado al RAIS; que se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el monto total existente en la cuenta individual, junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones; que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a partir del 28 de abril de 2019, en virtud de lo dispuesto por el Articulo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; así como a reconocer, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados por la tardanza en el reconocimiento de la prestación económica deprecada; que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas procesales, las agencias en derecho y los demás derechos que se hallen probados dentro del proceso conforme a las facultades ultra y extra petita de que goza el Juez Laboral.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 28 de abril de 1957, que realizó cotizaciones ante el ISS desde el 12 de marzo de 1974, hasta el 31 de enero de 1998, alcanzando un total de 1.123 semanas, de las cuales 976 fueron cotizadas con anterioridad al 1 de abril de 1994, indicó que a partir de marzo de 2005, fue trasladado sin formación libre del convencimiento del RPMPD al RAIS, a la AFP COLFONDOS S.A., expresó que con especto del traslado de régimen pensional, el mismo no se surtió en debida forma, ya que no se le proporcionó las respectivas ilustraciones y/o informaciones propias que debe proveerse a un individuo al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional, tales como los cálculos y proyecciones respecto a su futuro pensional, más las implicaciones que el cambio de régimen conlleva, además expuso de que no tuvo ninguna asesoría por parte de la AFP, ni los cálculos o proyecciones respecto a su futuro pensional; de igual manera, en lo relativo al consentimiento informado, tampoco se le comunicó las consecuencias que le acarreaba el trasladarse del RPMPD administrado en

ese entonces por el ISS al RAIS, que teniendo en cuenta que al momento de realizar la afiliación no le suministraron la debida información, la cual debía ser completa, clara y fehaciente respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen pensional y especialmente que no se le indicó que perdería el régimen de transición, dicha afiliación no debe producir efecto alguno. Explicó que, sumando las semanas de cotización aportadas en el RPMPD, más los aportes efectuados en el RAIS, contaría con 1.813 semanas de cotización; señaló que en caso de haber continuado afiliado al RPMPD, ya tendría cumplidos los requisitos mínimos para acceder a la prestación económica por vejez, con una mesada pensional considerablemente superior a la que puede optar y recibir en el RAIS, toda vez que la prestación se calcularía con lo aportado durante toda su vida laboral, o los últimos 10 años si este fuere superior, aplicando la tasa de reemplazo correspondiente a la densidad de semanas aportadas al sistema. Indicó que no existe en la AFP demandada, prueba documental alguna tendiente a demostrar que se le dio a conocer de las condiciones y consecuencias, tanto adversas como favorables, de trasladarse de régimen; de forma tal que no puede tenerse por cumplida la obligación por parte de la AFP HORIZONTE hoy COLFONDOS S.A., expuso que el traslado al fondo privado, no cumplió con los requisitos previstos para ello, pues no se acreditó por parte de dicha AFP que el consentimiento hubiere sido, no solo libre y espontáneo, sino debidamente informado sobre las consecuencias adversas del cambio de régimen.

Por otra parte, afirmó que mediante derecho de petición radicado el 20 de agosto de 2019, solicitó a COLFONDOS S.A., toda la documentación relativa al traslado y las constancias de los cálculos efectuados, las explicaciones brindadas, el documento contentivo del derecho de retracto y la carta que soportara que le habían informado el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 del 2003, para poder regresar al RPMPD; que COLFONDOS S.A., el 10 de septiembre de 2019, le dio respuesta, señalando que toda la asesoría al momento de la vinculación se hacía de forma verbal y que por ende, no había ningún soporte documental, copia del formulario de afiliación correspondiente la AFP COLFONDOS, indicó que no le dio respuesta de fondo ni información precisa a todos los interrogantes planteados en la petición.

Que el 26 de septiembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES, tener por nulo el traslado de régimen pensional y el reconocimiento de la prestación de vejez, en las condiciones previstas para el RPMPD; que COLPENSIONES, mediante radicado BZ2019_13011098 del 27 de septiembre de 2019, le respondió que no era procedente dar trámite a la solicitud presentada al no encontrarse afiliación a dicha entidad.

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.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, 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 y compensación y pago. (fl. 6).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (fl. 7).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante a COLFONDOS S.A. el 28 de marzo de 2005; condenó a COLFONDOS S.A. a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la providencia a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos, intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado y gastos de administración , sin lugar a descuento alguno; ordenó a COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 12 de marzo de 1974, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante, en el RPMPD una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo; absolvió a COLPENSIONES de las restantes pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las

excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a la parte accionada COLFONDOS S.A. dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada, presentó recurso de apelación para que se revoque la misma, argumentando la indebida valoración probatoria, expresó que el a quo se equivocó al no darle valor probatorio a lo dicho en el interrogatorio de parte surtido por el actor, señaló que este confesó que había recibido asesoría precontractual, que la información suministrada de cómo se financiarían los recursos en el RAIS y que haber tenido conocimiento de los requisitos necesarios para pensionar en el RPMPD, por lo que entendía las consecuencias del cambio de régimen, expresó que la única consecuencia del traslado es la forma de como se financian los aportes realizados al RAIS y al RPMPD, por lo que arguyó que no existen ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, que no existía posibilidad alguna de brindarle información al afiliado respecto a la mesada pensional, de realizarle una proyección pensional, indicó que lo que determina la escogencia del régimen es la forma como se acumulan los recursos y la financiación del mismo, que las ventajas y desventajas se derivan de los aportes voluntarios y los rendimientos que se vayan causando, de los cuales no tiene conocimiento ni el RAIS ni el afiliado, ya que, se determinan con el paso del tiempo y el núcleo familiar del actor, situaciones que manifestó se deben tener en cuenta para precisar la mesada pensional, argumentó que por lo anterior la información clara, necesaria y oportuna que establece la ley que el fondo debió brindar, se dio de manera oportuna para el año 2005.

Por otra parte, argumentó que se omitió la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, manifestó que el legislador estableció un límite para que no se descapitalizara el sistema, por lo que expresó que no puede ser que por medios judiciales se viole esa potestad del legislador, porque declarar la ineficacia afectaría a todos los afiliados del esquema ya que es un régimen solidario y por lo tanto, se beneficiaría y aún más que el actor está solicitando el reconocimiento pensional de los aportes realizados por los demás afiliados, conforme a la sentencias 1024 de 2004, la SU-062 de 2010 y la SU-130 de 2013 de la Corte Constitucional.

Finalmente, solicitó que COLPENSIONES, no sea condenado en costas, ya que es un tercero de buena fe e interpuso el recurso de apelación con el fin de proteger a los afiliados del esquema quienes han cotizado de forma constante en el mismo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo. ; iii) Si procede la condena en costas y agencias en derecho a la demandada recurrente.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS.

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 26 de septiembre de 2019 (fls. 22 a 25) y su respuesta el 27 de septiembre de la misma anualidad (fls. 26 a 27..)

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.

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, 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 28 de abril de 1957 (fl. 16); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 12 de marzo de 1974 y el 31 de enero de 1998, 1.119 semanas (Archivo 01 fl.28.); iii) que el 28 de marzo de 2005, se trasladó al RAIS con el fondo COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de mayo del 2005, (Archivo 6 fl. 102), administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por COLPENSIONES, con 1.813 semanas (Archivo 01 fls. 55 a 70).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que para el año 2005, un asesor de COLFONDOS S.A., lo visitó en la empresa para la cual trabajaba y le dijo que el ISS se iba a acabar y se iba a quedar sin pensión, por lo que era mejor que se trasladara de fondo, donde se iba a poder pensionar mucho mejor y más rápido sin ningún problema, que los ahorro los tendría en un fondo y allí estos obtendrían unos intereses, que en caso de fallecimiento la pensión le quedaría a la esposa o hijos menores, por lo tanto, accedió a trasladarse de fondo de pensión; indicó que la reunión fue individual y duro entre 15 a 20 minutos, informó que no se acercó a las oficinas del fondo privado para que le ampliaran la información entregada por el asesor, que únicamente lo hizo cuando cumplió los requisitos para pensionarse y fue a averiguar sobre su pensión, donde le informaron que se pensionaria con el salario mínimo establecido por la ley; expuso que el motivo por el cual quiere regresar a COLPENSIONES, es porque en el fondo privado la pensión es menor. Explicó que al momento de realizar el traslado suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, por la información brindada por el asesor en ese entonces; indico que no conocía los requisitos para pensionarse en el RPMPD, que no le explicaron ni conocía que era el régimen de transición.

Informó que a la fecha de realizada la audiencia no se le ha reconocido la pensión de vejez.

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 SAMUEL VILLAMIL GUZMÁN , 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.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 el actor a COLFONDOS S.A., el 28 de marzo de 2005, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de mayo 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 SAMUEL VILLAMIL GUZMÁN.

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, sobre la solicitud de COLPENSIONES, 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 fincan su inconformidad COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **SAMUEL VILLAMIL GUZMÁN en** contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a la recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GM.

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500420190044801

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuesto por las apoderadas de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LILIA YANETH NOGUERA NIÑO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de la sociedad PORVENIR S.A. al doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES al Doctor Michael Giovanny Muñoz Tavera identificado(a) con la cedula de ciudadanía Núm. 80.094.916 de Bogotá D.C. y T.P. No 244.839 del H.C.S de la J.

ANTECEDENTES

LILIA YANETH NOGUERA NIÑO, 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 PORVENIR S.A., no le brindo información respecto de la renuncia al Régimen de Transición, de un descuento anticipado del 4% con destino a PORVENIR S.A. del dinero ahorrado para pensión, como tampoco la contribución al fondo de solidaridad y mucho menos que su pensión no sería vitalicia; solicitó que se declare que PORVENIR S.A., le brindó una información falsa y oculta, requirió que se deje sin efecto el traslado realizado en marzo de 2005 a PORVENIR S.A. y se condene a esta última a devolver a COLPENSIONES, todo el dinero recaudado por concepto de cotizaciones y aportes, sin descuentos de ninguna especie, desde el mes de marzo de 2005, hasta que se produzca la devolución a COLPENSIONES, sumas las cuales deben estar debidamente indexadas, con los intereses moratorios que hayan producido dichos dineros desde marzo de 2005, sin derivar ningún derecho u obligación por gastos de administración o de aportes a fondos de solidaridad, exigió la restitución completa de las prestaciones que hubieren sido recibidas y/o todos los valores que tuviere derecho con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C:C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 29 de junio de 1966, que cotizó al ISS desde el 26 de febrero de 1988, hasta marzo de 2005, cuando realizó el cambio de régimen a PORVENIR S.A., la cual alegó no le advirtió las desventajas del RAIS, no le prestaron ningún tipo de asesoría, existiendo vicios del consentimiento al haberse omitido y ocultado la información y, que lo más grave, le ocultaron las desventajas entre lo que reconoce el RPMPD y el RAIS, entre ellas: que no le reconoce ningún tipo de pensión vitalicia sino un retiro programado con renta vitalicia diferida, que del monto del ahorro se le descuenta el 32% con destino a PORVENIR S.A., como administradora y al Fondo de Solidaridad, que el valor del retiro programado con renta vitalicia diferida es variable y no previamente definido como en el RPMPD, que se obtiene la renta vitalicia diferida únicamente si se reúne en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, que no importan las semanas de cotización, que del ahorro del trabajador debe pagar primas de seguro para atender la pensión de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen. Por otra parte, señaló que a la fecha de interpuesta la demanda, contaba con más de 1.194 semanas cotizadas, por más de 31 años de servicio y al afiliarse a PORVENIR S.A., este no le informó que renunciaba al Régimen de Transición, afirmo que asaltaron su buena fe al incidir en el cambio de fondo de pensiones donde se encontraba, ya que, omitió y ocultó información que al haberla conocido no hubiera efectuado el cambio de fondo; manifestó que no renunció

voluntariamente al Régimen de Transición de la ley 100 de 1993, que simplemente firmo una afiliación a PORVENIR S.A., sin implicar ello renunciar al RPMPD.

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 de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 del 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución política), excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, innominada y genérica. (fls. 36 a 49).

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 casa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 2 a 29).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por Porvenir S.A., en marzo de 2005 y en consecuencia declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por tanto siempre permaneció en el RPMPD; condenó a Porvenir S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora; ordenó a COLPENSIONES a que una vez se efectué el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a la demanda Porvenir, fijando agencias en derecho por la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó que se revoque la sentencia de Primera Instancia y se absuelva a PORVENIR S.A. de las declaratorias y condenas allí impuestas, argumentando que la actora suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, que se le brindo una asesoría verbal a la afiliada de acuerdo a la normatividad vigente para la época, con la que ella podía tomar una decisión de cambiar o no de régimen pensional, como quedó demostrado en el interrogatorio de parte de la demandante, quien informó que efectivamente una asesora de PORVENIR S.A., le explico que podría tener una mejor mesada pensional y podría heredar la pensión, circunstancias que son factibles en aras de la ley 100 de 1993; indicó que al momento de suscribir el formulario de afiliación la AFP, no podía negarse a dicha vinculación, teniendo en cuenta el artículo 112 de la ley 100 de 1993, Alegó que igualmente la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, si bien habla de que es aplicable esas interpretaciones jurisprudenciales desde el momento de la creación de las administradoras de pensiones, destaco que para la fecha de los hechos, es decir, 2005, la línea jurisprudencial no estaba vigente y que a pesar de dicha línea jurisprudencial, para PORVENIR S.A., era imposible prever dichas interpretaciones judiciales y que los contextos normativos para ese momento eran muy amplios, no eran tan específicos de la forma en que se debía brindar la información. Expresó que, frente al deber de la carga de la prueba, para PORVENIR S.A., es imposible demostrar con una prueba documental, ya que, para la época el único soporte documental que se debía dejara era el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos legales para el momento, argumentando que ello es una carga imposible de cumplir. Finalmente, solicitó al Honorable tribunal que de mantener en firme la decisión de declarar la ineficacia del traslado, PORVENIR S.A., no sea condenada a trasladar lo ateniente al artículo 20 de la ley 100 de 1993, ya que, dichos rubros fueron destinados conforme al mismo artículo y no harán parte del fondo común de la administradora COLPENSIONES, para financiar la pensión de vejez y se estaría generando una doble condena al fondo privado, en el sentido de trasladar rendimientos generados y cuotas de administración que fueron necesarias para generar dichos rendimientos y se estaría hablando de un enriquecimiento sin justa causa en cabeza de COLPENSIONES, porque dichos rendimientos es un beneficio para este último fondo, el cual no realizó ningún tipo de gestión en su momento.

COLPENSIONES, requirió que se revoque la sentencia de Primera Instancia, argumentando que no es posible el retorno de la actora al RPMPD, teniendo en cuenta que bajo los parámetros del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la demandante se encuentra en la prohibición contemplada en dicho artículo, ya que le faltan menos de 10 años para cumplir con el requisito mínimo de edad y tampoco cumplía con el requisito de los 15 años de servicio para 01 de abril de 1994, para poderse trasladar en cualquier tiempo. Así mismo, trajo a colación lo dispuesto en la ley 1748 del 2014 y la ley 1328 de 2009, donde se establecieron los requisitos de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros dentro de los cuales se encuentran los servicios en materia de pensiones a cargo de las administradoras de los fondos de pensión, por lo que para el año 2005, no estaba establecida dentro del ordenamiento jurídico vigente la condición de brindar información previa, desvirtuando de esta manera las pretensiones de la demanda, ya que se fundamentan en falta de información brindada por los representantes de la AFP PORVENIR S.A., obligación que nace solo hasta el año 2014, por lo que considera que la actora debe permanecer el RAIS. Citó los decretos 2241 y 2550 ambos del 2010, mediante los cuales se establecieron unos deberes para el consumidor del Sistema General de Pensiones, que uno de ellos es informarse adecuadamente de las condiciones del nuevo sistema de administración de multifondos, de las diferentes modalidades de pensión, leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, argumentando que por parte de la demandante no se encontró ninguna solicitud de información sobre su futuro pensional a COLPENSIONES, porque al realizar su traslado al RAIS, nunca pregunto en COLPENSIONES, sobre su vida laboral y los aportes pensiónales que podía hacer al RPMPD y solo hasta el año 2019, fue que acudió a COLPENSIONES, a solicitar el traslado, considerando que no es posible dejar todas las obligaciones a cargo de PORVENIR S.A., cuando la actora como consumidora financiera, también tenía una serie de deberes que no se cumplieron.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A., solicitó que se revoque la sentencia en cuanto a que argumenta que la demandante realizo el traslado de régimen de manera libre, voluntaria y consiente, tal como se expresa en los formularios de afiliación ademas de ello que no existió ningún elemento que demostrara el vicio de consentimiento, ya que si se le brindo información sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Por su parte COLPENSIONES, requiere su absolución y que se revoque en su integridad el fallo argumentando que la demandante realizo el traslado para el año 2005, el cual se dio con plena validez, ademas de ello que la actora cuenta con la edad de 59 años, es decir que no podrá trasladarse de régimen ya que se encuentra dentro de los últimos 10 años para obtener derecho a la pensión de vejez.

Finalmente, la parte actora, suplica se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, como fundamento principal, porque no se le brindó asesoría e información necesaria, completa, eficiente, eficaz, cierta y oportuna del cambio de régimen y de las implicaciones que conllevan las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual como tampoco de las formas de pensión que tiene el RAIS.

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.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 22 de marzo de 2019 y su respuesta el mismo día (fls. 17 - 19 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 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, 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 29 de junio de 1966 (fl. 20 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 26 de febrero de 1988 y el 30 de abril de 2005, 478,43 semanas (fl. 51 a 56 archivo 01); iii) que el 01 de marzo de 2005, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de mayo de 2005, (fl. 33 archivo 02) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP. (fl. 35 a 53 Archivo 02).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la apoderada de PORVENIR S.A., quien informó que frente a la asesoría brindada a la actora al momento del cambio de régimen, únicamente reposa como prueba el formulario de afiliación, indicó que las asesorías se brindaban de manera verbal por parte de los agentes comerciales de PORVENIR S.A., en la cual se les informaba las características del régimen pensional y con base a ello la potencial afiliada podía definir si deseaba pertenecer al RAIS, que no le consta que se

le hayan realizado una proyección pensional a la afiliada, sin embargo, manifiesta que para la fecha no era obligatorio hacerla, que se le informó a la actora que existe la posibilidad de pensionarse con una mejor mesada en el RAIS que en el RPMPD, teniendo en cuenta los rendimientos financieros y los aportes voluntarios que podía realizar.

Igualmente, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para el año 2005, una asesora le preguntó en que fondo estaba y ella le contestó que en COLPENSIONES, que le preguntaron qué salario tenia, a lo que contestó que un poco más del mínimo, por lo que la asesora le indicó que a ella le convenía trasladarse a PORVENIR S.A., ya que tenía un buen salario y que en caso de fallecimiento sus hijos iban a heredar la pensión, situación que no pasaría con el Seguro Social, por lo cual le pareció una buena oportunidad para trasladarse de régimen, que dicha reunión duró máximo 10 minutos y procedió a firmar el formulario, el cual fue diligenciado por la asesora; informó que no le explicaron que el RAIS, está basado en la capitalización de aportes, tampoco le dijeron que la pensión dependería del capital acumulado, ni le brindaron información que podría pensionarse anticipadamente, que no le dijeron que sus ahorros generarían unos rendimientos financieros, que no conocía los requisitos para pensionarse con COLPENSIONES, no le explicaron que podía realizar aportes voluntarios; señaló que su motivo para querer retornar al RPMPD, es porque se enteró que no se va a poder pensionar ni siquiera con un salario mínimo, que no conoce cuál sería la mesada pensional en el RAIS ni en el RPMPD, que no ha recibido comunicados por parte de PORVENIR S.A., que solicitó el traslado a COLPENSIONES, junto con su abogada el cual fue negado, finalmente informó que no está pensionada, que continua trabajando.

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 LILIA YANETH NOGUERA NIÑO, 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 CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el 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 01 de marzo de 2005, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de mayo de 2005, es nulo.

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 LILIA YANETH NOGUERA NIÑO.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LILIA YANETH NOGUERA NIÑO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAVIRIA
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501520200051-01

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderada de la demandada PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 01 de diciembre de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA EVANGELINA GARCIA ROJAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

MARIA EVANGELINA GARCIA ROJAS, 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 en la afiliación que realizó ante PORVENIR S.A., estuvo viciado su consentimiento, toda vez que los asesores le informaron que en el RAIS, podría tener una mesada pensional mayor a la que recibiría en el RPMPD, sin darle información precisa y correcta y en cambio sí, alejada de la realidad, lo que la llevo a tomar una decisión de cambiarse de régimen inducida a error por parte de PORVENIR S.A., por lo anterior, solicita que se declare que el traslado al RAIS, fue nulo e ineficaz y en consecuencia, se declare que permanece en el RPMPD administrado por COLPENSIONES Y que se condene en costas a la demandada.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 01 de enero de 1981, ingreso a trabajar en el Instituto Nacional de Cancerología ESE, tiempo para el que empezó a cotizar en pensiones a la Caja Nacional de Previsión, que para el año 1999, la oficina de Recursos Humanos de dicho Instituto, le informó a los trabajadores que tanto CAJANAL como el ISS, desaparecerían y en consecuencia debían afiliarse a un fondo privado de pensiones, autorizando el ingreso a las oficinas de los asesores de PORVENIR S.A., quienes recorrían los pasillos y afiliaban personal con la aprobación de las directivas del Instituto, que el 26 de enero de 1999, se afilió al fondo privado, ya que, los asesores le indicaron que sus ahorros estaban en peligro de perderse por la desaparición de los fondos públicos y, además, le indicaron que en el fondo privado tendría mayores beneficios al momento de pensionarse, indicó que realizó la afiliación influenciada por las promesas de los asesores, entre ellas, que podía elegir la edad de jubilación, escoger el monto de la pensión, el cual sería superior al que le podría ofrecer un fondo público, que el fondo privado ponía a producir los aportes de los afiliados y con los rendimientos se pagarían la pensiones, pero que nunca le dijeron que esos rendimientos podían ser negativos, como tampoco le dijeron que llegado el tiempo de pensionarse existía la posibilidad de que sus rendimientos no alcanzaran para jubilarse con un salario mínimo; señaló que consultó a PORVENIR S.A., acerca del monto de su mesada pensional, informándole que se pensionaria con un salario mínimo asegurado por el Fondo de Pensión Mínima; que durante los últimos 40 años, su salario a oscilado entre 2 y 3 salarios mínimos, evidenciando que su pensión en el RPMPD, supera ampliamente el salario mínimo que le ofrecen en el RAIS, por lo que manifestó que de haber sido informada correctamente no se hubiera cambiado de régimen, que al momento de trasladarse COLPENSIONES, no hizo ninguna gestión para retenerla.

Finalmente, afirmo que adelantó solicitud de traslado de régimen para retornar al RPMPD, incluso por vía tutela y este fue negado por parte de las demandadas.

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 de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 29 a 32).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (fls. 112 a 121).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de diciembre de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS, realizado el 28 de enero de 1999 a través de la AFP PORVENIR., como consecuencia de lo anterior, ordenó a dicha AFP PORVENIR., trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES., ordenando a dicha administradora que reciba como su afiliada a la demandante, acredite dichos recursos como semanas efectivamente cotizadas en su historia laboral, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, de la misma manera deberá incluir en los tiempos públicos cotizados a CAJANAL en dicha historia laboral para efectos de que la señora demandante consolide su derecho a la pensión; no condenó en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes y declaró no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada AFP PORVENIR S.A., presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita que se revoque el numeral primero de la sentencia de Primera Instancia y se absuelva a PORVENIR S.A. de las condenas allí impuestas, argumentando que dentro del proceso no se configuró ninguna nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, alega que dentro del proceso no se configuró un vicio del consentimiento como es el dolo, fuerza o error y que no se le brindo una información inadecuada a

la demandante, porque si se le informó de una serie de beneficios, entre ellos una mejor mesada pensional y que para ese entonces era de conocimiento público que CAJANAL, se iba a acabar, por lo que la demandante tomo la decisión libre de trasladarse al RAIS con PORVENIR S.A. con el fin de cuidar los aportes que ya había realizado y en ese momento tomó la decisión que le apareció más conveniente. Indicó que no está de acuerdo con él a quo, de motivar la sentencia en que la carga de la prueba está a cargo de las AFP, arguyendo que si bien es cierto, es una línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, expresó que con ese tipo de línea jurisprudencial PORVENIR S.A., no puede allegar ningún tipo de prueba adicional a la que se requería para el momento en que la demandante efectuó el traslado, ya que, la información se brindaba de forma verbal y a través del formulario de afiliación, por lo que no está de acuerdo en que se exija una prueba adicional que para la época no existía, expuso que PORVENIR S.A., allego al proceso el formulario de afiliación, prueba fundamental y principal que requería la ley para la época en que la demandante realizó el traslado. Requirió que se tenga en cuenta que la demandante en el interrogatorio de parte, manifestó que su deseo de regresar al RPMPD, no es más que el monto de su mesada pensional, situación que no da lugar a declarar una ineficacia o nulidad de traslado por falta de información.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES solicitan su absolución y que se revoque la sentencia dictada por el a Quo dictada en primera instancia en razón de que la afiliación fue eficaz ya que la actora recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por otro lado argumentan que la carga de la prueba no fue demostrada por ende este contrato no presenta causal de vicio de 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 66 A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S,A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse las demás condenas solicitadas y se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Instituto de Seguros Sociales, el 15 de mayo de 2009 y su respuesta el 03 de junio de 2009, con radicado No. 2005061756-001., donde niega el traslado; (fls. 19 a 20).

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral de la demandante PORVENIR S.A. (fl. Folio 144 a 178);, la respuesta dada por el Instituto del Seguro Social, a la petición de la actora (fl. 20); formulario solicitud de vinculación a AFP PORVENIR S.A. (fl. 145), diligenciado el 26 de enero de 1999; expediente administrativo de AFP PORVENIR (fl. 145 a 178).

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 17 de abril de 1961 (CD. fl. 41); ii) cotizó en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN entre el 01 de enero 1981 y el 26 de enero de 1999, con 956,28 semanas (fl. 65 a 66); iii) que el 26 de enero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de marzo de 1999, (fl. 144) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 948 semanas (fl. 145 a 178).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que nunca estuvo afiliada a el ISS, que estuvo afiliada a CAJANAL, indicó que en el año 1999, lo que la motivó a cambiarse de régimen fue el miedo a perder la pensión, porque asesores de PORVENIR S.A., llegaron a su lugar de trabajo y advirtieron que CAJANAL y el ISS se iban a acabar, que los asesores realizaron una reunión grupal y la presionaron para afiliarse al fondo privado, que le comunicaron que se podía pensionar más joven y con una mejor pensión en el RAIS; expresó que se siente engañada porque todo fue mentira; manifestó que quiere retornar al RPMPD, ya que, teniendo 55 años y estando cerca de cumplir la edad para pensionarse, se acercó a PORVENIR S.A., para preguntar respecto de su pensión, donde le dijeron que la iban a pensionar hasta los 59 años de edad y con un salario

mínimo, por lo que decide interponer la demanda; Igualmente, expresó que no le informaron que podía realizar aportes voluntarios, no le explicaron las diferencias de cada régimen, que no conoce el saldo de los aportes realizados a PORVENIR S.A., que no sabe que los aportes realizados a la cuenta de ahorro individual generaban rendimientos o intereses, que no recibe extractos desde el año 2020, no le informaron que en caso de fallecer, los beneficiarios podrían heredar los aportes realizados a la cuenta de ahorro individual, que no ejerció el derecho de retracto, porque no tenía información clara y verdadera, tampoco le hablaron de la pensión anticipada, no le explicaron que era el régimen de transición y reiteró que el asesor del fondo de pensión privado no le brindó mayor información, únicamente le dijo que CAJANAL y el ISS, se iba a acabar y que si no se trasladaba sus aportes se perderían. Manifestó que no ha solicitado la pensión de vejez porque se encuentra en este proceso, que sabe que su pensión es mejor en el RPMPD, de acuerdo al salario que venía devengando y a la liquidación que le realizó su apoderado.

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 MARIA EVANGELINA GARCIA ROJAS**,** 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.

continuando con lo que es tema de apelación, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que la misma resulta escasa, para efectos de acreditar que las Administradoras privadas de fondos de pensiones, hayan asesorado de

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

De ahí que, existió error de hecho cuando PORVENIR S.A.,, enseñaron de manera incompleta las calidades del producto que ofrecían 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 omitieron 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 las actora a PORVENIR S.A., el 26 de enero de 1981, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

En 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).

Considera entonces la Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de

aceptar la afiliación del demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A., tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de diciembre de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARIA EVANGELINA GARCIA ROJAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a la recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501520200040401

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de la demandante y las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 02 de diciembre de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ESPERANZA PARRA MONTEALEGRE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

ESPERANZA PARRA MONTEALEGRE, 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 la nulidad e ineficacia del traslado inicial del RPMPD del ISS, hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A., que como consecuencia de la anterior declaratoria se condene a la demandada COLPENSIONES al retornarla de inmediato, conservando el RPMPD, manteniéndole los beneficios de dicho régimen y se condene a PORVENIR S.A., a la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., que conforme a las facultades legales del Juez se confiera sentencia extra, ultra y mínima patita, según lo que se llegare a probar.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 16 de junio de 1965, que se afilio al RPMPD al ISS hoy COLPENSIONES el 23 de diciembre 1986, que se trasladó de régimen pensional del ISS a PORVENIR S.A., en el mes de mayo de 1996, según formulario No. 01187265, indicó que dicho formulario fue diligenciado por el funcionario de PORVENIR S.A., que al trasladarse de fondo, no se encontraba cobijada bajo el Régimen de Transición consagrado en el acuerdo 049/90, modificado por el decreto 758/90, que requiere retornar al RPMPD sin perder los beneficios del mismo, por el hecho de haberse efectuado el cambio de fondo vulnerando derechos fundamentales y por ello acude a la jurisdicción. Por otra parte, expresó que PORVENIR S.A. falto al deber profesional de información al no suministrarle una información clara, completa y cierta acerca de las implicaciones y consecuencias del cambio de régimen pensional, que COLPENSIONES y PORVENIR S.A., faltaron al deber profesional como fiduciarias del servicio público de pensiones, al no proporcionar información ni buen consejo para el cambio del régimen pensional, con base en un estudio objetivo y actuarial particular a sus circunstancias, manifestó que las demandadas omitieron el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en relación al presente proceso, que las demandadas omitieron también un compendio no solo legal sino jurisprudencial y constitucional junto con el bloque de constitucionalidad de tratados internacionales y disposiciones de la OIT, que el Fondo Privado nunca le informó que el valor de la pensión dependía directamente de la modalidad de retiro programado y que el posible monto pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, el nivel de riesgo de inversión en el portafolio del Fondo Privado, el alto costo de la venta del Bono pensional en el mercado secundario para una pensión anticipada, nunca le informaron que del valor y los porcentajes mensuales de descuento que por la administración de tales recursos le efectuaría el Fondo y que disminuyen mes a mes el monto ahorrado, que PORVENIR S.A., nunca le informó que bajo el RPMPD, tenía un derecho pensional cierto, que ya estaba causado y que se consolida en una mesada pensional con un valor vitalicio constante, resultante de aplicar un porcentaje establecido en la ley, acorde con el número de semanas cotizadas, que el Fondo Privado faltó a su deber profesional de información para aconsejar a la afiliada acerca de las implicaciones que conllevaba el cambio de régimen pensional, ya que nunca le suministró una información clara, completa y cierta acerca de las consecuencias y efectos futuros de abandonar el RPMPD y trasladarse al RAIS, omitiendo información neurálgica para una decisión que comprometía consecuencias vitales y jamás le dio a conocer los beneficios e inconvenientes de efectuar el traslado, nunca le realizó un estudio actuarial que demostrara con una base objetiva la conveniencia o no de abandonar el RPMPD.

Expuso que realizó las respectivas solicitudes de nulidad del cambio de fondo ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., que esta última, guardo silencio y COLPENSIONES, mediante oficio del 27 de diciembre de 2019, negó la solicitud.

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 de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 1 a 8).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (fls. 1 a 30).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de diciembre de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante, del RPMPD al RAIS el 26 de mayo de 1999, a través del fondo PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A., a efectuar el traslado de las sumas o recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, correspondiente a los aportes y rendimientos a la administradora del RPMPD, a esta a que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, dada la consecuencia natural de esta ineficacia de traslado; declaró no demostrada las excepciones propuestas por las partes demandadas y no condenó en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes.

RECURSO DE APELACIÓN

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

LA ACTORA, manifestó interponer recurso de apelación parcial, para que se revoque la no condena en costas y se modifique el numeral segundo frente a la devolución de los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, argumentó que debe adicionarse las pólizas y los gastos de administración, aduciendo que fue una falla en la que incurrió PORVENIR S.A., al momento del traslado de régimen pensional, por lo tanto, las pólizas y los gastos de administración afectarían a COLPENSIONES, por cuanto dicha entidad funciona con los aportes que realizan los afiliados, también hay una parte del presupuesto que va para el

fondo de pensiones. Arguyó que las dos demandadas deben ser condenadas en costas, porque fueron vencidas en juicio y hay una oposición a las pretensiones de la demanda por parte de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, además señaló que se vulneró el deber del cuidado y buen consejo al momento de haberse efectuado el traslado y, por lo tanto, consideró que si deben darse dichas condenas en costas, ya que, hicieron incurrir en unos gastos a la actora, para acudir a la jurisdicción en pro de que no se le vulnerara su derecho a la libre escogencia del régimen pensional.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque lo concerniente al numeral primero de la sentencia, argumentando que PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información conforme lo establecía la ley para el momento en que la actora tomó de manera libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, ya que, como es de amplio reconocimiento lo único que se le requería a PORVENIR S.A., era que la parte demandante suscribiera el formulario de afiliación y se le brindara la información de las características de uno y otro régimen, información que se brindaba de manera verbal por parte del asesor. Expresó que en el interrogatorio de parte, quedo demostrado que la actora conoce características de uno y otro régimen, situación que configura, que si se le suministro información que la llevo a tomar la decisión libre de afiliarse con PORVENIR S.A., indicó que la parte demandante, tampoco probó que no se le haya suministrado la información completa y veraz, por lo cual, solo se estaría actuando únicamente bajo la buena fe de la parte actora. Alego que no se debe tener en cuenta lo manifestado por el a quo, en lo referente a la carga de la prueba, ya que, para el momento en que la actora decidió trasladarse, los únicos requisitos que se solicitaban era el formulario y la información brindada de forma verbal. Solicitó que se tenga en cuenta que PORVENIR S.A., siempre actuó de buena fe con relación a la parte actora, arguyendo que administró los recursos de manera eficiente, permitiendo que ejerciera el derecho de retracto, permitió que continuara en el régimen pensional, por lo que no hay lugar a que se declare que hubo una falta en la afiliación por no brindarle información. Indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición del literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, ya que, cuenta con menos de 10 años para poderse trasladar, que la misma tuvo un término muy amplio para poder efectuar el cambio de régimen si así lo deseaba y no a través del presente proceso, en el que se puede visualizar que el único motivo de la actora para cambiarse de régimen es una situación meramente relacionada con su mesada pensional, hecho que no configura en una falta de información.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES,** presentó recurso de apelación parcial frente a la sentencia, con respecto a los gastos de administración, ya que, que en primera instancia no se ordenó su traslado, argumentó que la Corte Suprema de Justicia en sentencias 1489 del 2018, 1421 del 2019, 2877 de 2020, "*determino con respecto a la*

declaratoria de ineficacia, es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deben hacer los contratantes y que debe decretar el juez", por lo tanto, adujo que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, expresó que en tal sentido, la sentencia que se dicte tiene efecto retroactivo y en virtud de ello cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ella y el vínculo que se entendía que había, lo rompió la sentencia que declaró la ineficacia del traslado, concluyó que la restitución debe ser plena o completo, por lo que solicitó que se ordene la devolución total de la cotización a COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término correspondiente, COLPENSIONES, solicito estudiar en su integridad el fallo proferido en primera instancia y en caso de ser contrario a derecho absolver a mi representada de toda condena, esto lo argumenta en razón a que no se evidencia material probatorio suficiente y no existió el vicio del consentimiento porque el traslado se dio de manera voluntaria y libre.

Por último, PORVENIR S.A. solicite se revoque el A Quo, ya que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, se subraya, no le exigían una información en los términos que reclamados en la demanda y argumentados en el fallo apelado, en la medida que solo fueron impuestos de forma tan rigurosa con mucha posterioridad en observancia a la falta de diligencia empleada por los mismos afiliados

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

CONSIDERACIONES

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

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 27 de diciembre de 2019 y su respuesta el 27 de diciembre de 2019. (Fls. 5 1 – 53 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 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. 11001310502820130062601, 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, 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 16 de junio de 1965 (fl. 45 archivo

01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 23 de diciembre de 1986 y el 30 de junio de 1999, 598,71 semanas (fl. Archivo 012 expediente administrativo); iii) que el 26 de mayo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de julio de 1999, (fl. 78 Archivo 09) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1461 semanas (fl. 107 a 132 archivo 09).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte el apoderado de PORVENIR S.A., quien informó que no le consta que la asesora Teresa Estupiñán, le señaló la información requerida a la demandante para efectos de que firmara el formulario de traslado de régimen, sin embargo, aclaró que los asesores de PORVENIR S.A., para la fecha en que se realizó el traslado, estaba en la obligación de brindarle la información a los futuros afiliados, que no conoce el grado de escolaridad de la señora Teresa Estupiñán, explicó que los asesores son como mínimo bachilleres y son capacitados con relación a las características y todo lo ateniente al régimen pensional, indicó que frente a la información brindada a la demandante cuando se diligenció el formulario de afiliación, fue información referente a las características y diferencias de uno y otro régimen, información que se entregaba de forma verbal y a través del formulario de afiliación, formulario que por instrucción de PORVENIR S.A., debía ser diligenciado por el afiliado, advirtió que no tiene la certeza de quien fue la persona que diligenció el formulario, frente a la entrega del reglamento de PORVENIR S.A. a la demandante, indicó que tampoco tiene la certeza de que se haya entregado, sin embargo, expresó que era obligación de los asesores entregarlo, señaló que el formulario de afiliación se debió diligenciar en su totalidad.

Igualmente, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para el año 1999, cuando se trasladó del RPMPD al RAIS, llegaron unos asesores de PORVENIR S.A., a la empresa para la que trabajaba, y en una reunión grupal les informaron que el ISS, se iba acabar, por lo que debían trasladarse de fondo, pero que nunca se acercó a COLPENSIONES, a averiguar dicha información, expresó que en ningún momento les explicaron que COLPENSIONES, continuaba, cuáles eran las diferencias y las proyecciones de ambos regímenes, que le indicaron que para afiliarse tendrían en cuenta el último salario y unas mejoras salariales que en su momento podría tener el ISS, señaló que el formulario lo diligenció la asesora, que ella únicamente lo firmo. Expresó que no volvió a ver a los asesores, nunca hubo un seguimiento, ni llamadas por parte de PORVENIR S.A., que no le informaron que podía realizar aportes voluntarios, ni la diferencia de aportes en el ISS y PORVENIR S.A., que no conoce el saldo con el que cuenta en el RAIS, que no le informaron que los aportes realizados al RAIS generan unos rendimientos, que no le explicaron cómo se financiaría su pensión, ni que era la pensión anticipada y el beneficio de herederos, ni las modalidades de pensión existentes. Explicó que después de mucho tiempo y cuando los compañeros de su empresa se empezaron a pensionar,

comenzó escucharse las diferencias de los dos sistemas, que en el privado se pensionaria con el salario mínimo y en el público con los últimos diez salarios, por lo tanto, se dirigió a PORVENIR S.A., donde le indicaron que no le podían realizar el traslado al RPMPD, por la edad, a lo que ella les indico que nunca recibió una retroalimentación o una constancia de que hubiera recibido toda la información, que se basó en el principio de la buena fe y la confianza que le tuvo a PORVENIR S.A., en ese momento para trasladarse de régimen, señaló que no fue una información veraz la que le brindaron en ese momento, por lo que buscó asesoría de un abogado, quien le explico las diferencias de los regímenes e indicó que se siente engañada. Expuso que últimamente le llegan los extractos de PORVENIR S.A. y que el motivo para querer regresar al RPMPD, es por motivo salarial.

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 ESPERANZA PARRA MONTEALEGRE , 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 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 26 de mayo de 1999, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de julio de 1999, es nulo.

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 ESPERANZA PARRA MONTEALEGRE.

De otra parte, en cuanto a la solicitud elevada por COLPENSIONES, que se ordene a Porvenir S.A. de los gastos de administración a su favor, 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 inexequible 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 primero 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 de gastos de administración. 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, 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 la parte actora encuentran soporte legal en dicha norma, por lo tanto, le asiste la razón a la parte demandante, por ello, se ordenara revocar el numeral segundo del fallo de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. por haberle sido desfavorable la alzada.

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 primero de la sentencia apelada proferida el 02 de diciembre de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de, también condenar a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas la señora **ESPERANZA PARRA MONTEALEGRE, 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: REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia apelada proferida el 02 de diciembre de 2021, por el por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar condenar en costas a cada una de las demandadas y a favor de la demandante, para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de1 SMLMV.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás de la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501920190081601

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de diciembre de 2021, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **OMAIRA TORRADO MORA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES al Doctor Elkin Fabián Castillo Cruz, con Cedula de ciudadanía No. 80.282.676 De Villeta, abogado(a) en ejercicio portador(a) de la Tarjeta Profesional No. 261451, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

.

ANTECEDENTES

OMAIRA TORRADO MORA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y SKANDIA S.A., para que se declare la

ineficacia del traslado realizado el 25 de mayo de 1999, ante la demandada PORVENIR S.A., por falta de información; se declare la ineficacia del traslado realizado el 06 de septiembre de 2002, a la AFP SANTADER hoy PROTECCIÓN S.A., declarar la ineficacia del traslado realizado el 28 de septiembre de 2007, a la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A., por lo anterior, solicita dejar sin efectos la afiliación realizada al RAIS y en consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL S.A., trasladar la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante; solicita que se ordene a COLPENSIONES, a aceptar el traslado y efectuar su afiliación al RPMPD y recibir de OLD MUTUAL S.A., el ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho, así como lo extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se afilió al RPMPD, desde el 04 de noviembre de 1993 hasta el 30 de mayo de 1999, con un total de 261.43 semanas cotizadas; que en el año 1999, un asesor del fondo PORVENIR S.A., la visitó en su lugar de trabajo, indicándole que lo mejor para su vejez era trasladarse al RAIS, argumentándole que el ISS, se iba a acabar por tener una grave crisis financiera, indicó que el asesor le informó que la mesada pensional en el fondo privado, sería igual o mejor, pero nunca inferior que en el RPMPD, que se podría pensionar más joven, pero nunca le explicó que esto podría desmejorar el valor de la mesada pensional, ella creyendo en las afirmaciones realizadas por el asesor, suscribió el formulario de vinculación con PORVENIR S.A.; manifiesto que en el año 2002, un asesor del fondo SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., le expuso que con dicha entidad podría tener una mesada pensional más alta que con PORVENIR S.A., y firmo formulario de afiliación; que para el año 2007, un asesor del fondo SKANDIA, le dijo que con dicha entidad podría tener una mesada pensional más alta que con PROTECCIÓN S.A., igualmente firmo formulario de afiliación; argumentó que durante el tiempo que estuvo afiliada con las AFP, nunca recibió asesoría donde compararan las características de los dos regímenes pensionales, no le informaron que tenía hasta los 47 años de edad para cambiarse se régimen si lo deseaba y no recibió una asesoría personalizada sobre su situación, donde le indicaran que le convenía más para su futuro pensional.

Finalmente, afirmo que el 16 de julio de 2019, radicó ante COLPENSIONES, solicitud para que se declarara la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, el cual fue negado por la entidad el 18 de julio de 2019, a través del radicado No. BZ2019_9637961-2072859; que el 16 de julio de 2019, solicitó a SKANDIA S.A., una simulación pensional, la cual fue enviada a través del radicado No. LC-2812 del 06 de agosto de 2019, en la que indicó que podría tener una mesada pensional aproximada de $1.713.000.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguro social del orden público e innominada o genérica. (flis. 86 a 102).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de la causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica. (fls. 108 a 122).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de la causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl.168, CD).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCÓN 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica y traslado de la totalidad de los aportes a SKANDIA. (fl.170, CD).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de diciembre de 2021, el Juzgado Diecinueve (19) 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 que ningún efecto jurídico surtió el traslado y, por lo tanto, siempre estuvo afiliada al RPMPD, administrado por

COLPENSIONES; condeno SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SA hoy OLD MUTUAL S.A. 2 a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora OMAIRA TORRADO MORA como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sumas que deberán ser debidamente indexadas; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; Sin costas en esta instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó que se revoque la sentencia de Primera Instancia, en lo que corresponde a la declaración de la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, argumentando que, la CSJ, ha indicado que el precedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación, ya que, debe existir una similitud de las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da para PORVENIR S.A. en el presunto asunto, porque el traslado de la demandante al RAIS, reviste de completa validez, como quiera que este fue de manera voluntaria, sin presiones e informado, de conformidad con la normatividad para la fecha y no existe vicio u omisión que lo invalide; que si bien es cierto el deber de información siempre ha existido, es a partir de la expedición de los decretos 2555 de 2010, 2071 de 2015, la ley 1748 de 2015, que las administradoras de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información a sus afiliados y al público en general y la obligación de explicar las consecuencias del cambio de régimen nace solo a partir inciso 4, del artículo 3 del decreto 2071 de 2015, por lo que el actuar de PORVENIR S.A., siempre fue de buena fe. Indicó que la accionante reclama de forma errada el deber de información, equiparando con el deber de buen consejo, el cual resulta exigible únicamente en los casos que ley lo ha exigido o que las partes lo han acordado expresamente. Alega, que el demandante conto con múltiples oportunidades para trasladarse al RPMPD, sin embargo, continúo en el RAIS, realizando aportes y efectuando traslados horizontales; igualmente, indicó que la inconformidad de la parte actora con el RAIS, se deriva del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad de la demandante, en tanto que las prestaciones que se reconocen en ambos regímenes no son comparables. Finalmente, respecto de la devolución de rendimientos y gastos de administración, argumenta que no es coherente que se aplique la

figura de la ineficacia en unos sentidos si y en otros no, como quiera que, la consecuencia de dicha figura es que el negocio jurídico nunca se realizó, por consiguiente, esto llevaría que los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante, por parte de las AFP, a los que estuvo afiliada, nunca se generaron, en ese sentido declarar la devolución de los rendimientos financieros obtenidos en el RAIS, desborda los efectos de la ineficacia, citando la sentencia SC3201 de 2018 del CSJ.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso de apelación parcial a la sentencia de Primera Instancia, en lo que corresponde al traslado de cuotas de administración y seguro previsional, argumentando que, PROTECCIÓN S.A., realizó una buena administración de la cuenta de ahorro individual, evidenciándose en los altos rendimientos generados, que condenar al fondo a devolver estos recursos seria desconocer la excelente gestión que realizo PROTECCIÓN S.A., descocer el derecho a las restituciones mutuas establecido en el artículo 1742 del Código Civil y se generaría un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES. Argumentó que las cuotas de administración y seguro previsional se descuentan de acuerdo a que la ley autoriza realizar dichos descuentos, los cuales se hacen también en el RPMPD y los cuales tienen una naturaleza diferente a la naturaleza de la pensión, por lo que se podría hablar de prescripción parcial de esas cuotas de administración y seguro previsional. Finalmente, indicó que el seguro previsional fue pactado con un tercero, que es la aseguradora a quien ya se le pagó para mantener vigentes las pólizas que cubrieron a la demandante en caso de que se hubiese generado la invalidez o la muerte, que el hecho de que no se generara el siniestro, no es razón para devolver el seguro previsional.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia y en consecuencia de absuelva a COLPENSIONES, argumentando que la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante, se fundamentó en la falta del deber de información que debía brindar las AFP, al momento de suscripción del formulario de la afiliación, pasando por alto que para esa fecha la normatividad vigente, le 100 de 1993, solo requería la aceptación espontanea, libre y expresa del afiliado para trasladarse de régimen y esta se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación; que para la fecha del traslado del régimen no existía la ley 1748 de 2014, ni el decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP, de una doble asesoría a los afiliados, por lo que solicita que el análisis de la información brindada por la AFP, debe ser valorado bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario. Alegó que el a quo, al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que, COLPENSIONES, es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante y las AFP, en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez, en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado,

COLPENSIONES, no debe ser favorecida ni perjudicada con la misma, ya que, COLPENSIONES, nada tuvo que ver con la decisión de la actora de afiliarse en el RAIS. Manifestó, que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP, quien para la fecha de la afiliación solo contaba con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento y asentamiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgen dentro de los años 1994 y 2016, no exigían nada diferente al formulario de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS, por lo que indicó que, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, se constituye en una situación de carácter imposible. Adicionalmente, expresó que la accionante ha permanecido en el RAIS, por más de 21 años, por lo que COLPENSIONES, resulta lesionada con la decisión de primera instancia, por la afectación del equilibrio de sostenibilidad financiera y la prohibición de traslado del afiliado cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para la pensión de vejez; expresó que los recursos que recibe COLPENSIONES, por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema, no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, por lo que solicita que en caso de confirmar la sentencia de primera instancia, se mantenga la condena a la AFP, de reintegrar a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguro previsional, cuotas de administración y en general todos los aportes realizados por la accionante a la AFP. Finalmente, solicitó que se adicione a la sentencia la condición de recibir a la afiliada en COLPENSIONES y actualizar la historia laboral, solo hasta que se dé cumplimiento a las obligaciones impuestas a la AFP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicita la confirmación del fallo ya que el fondo no logro demostrar que cumplió con el deber de información afirma que decidió cambiarse al régimen de ahorro individual de una manera libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia sala laboral, ha manifestado que esa expresión libre y voluntaria requiere de un conocimiento completo de las consecuencias de esa decisión.

Entre tanto COLPENSIONES, peticiono que se revocara la sentencia en su totalidad ya que esta se fundamentó en la falta al deber de información, pero al momento de la suscripción del formulario de afiliación, era el año 1999, la realidad del momento, según la normatividad aplicable para esa época (Ley 100 de 1993), era que la aceptación espontanea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, es decir que si se realizó de manera voluntaria y libre.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, PORVENIR S.A., PROTECCION y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, sí resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo. Así como si es procedente o no, devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora OMAIRA TORRADO MORA como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sumas todas debidamente indexadas.

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 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, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral consolidada de la demandante en OLDMUTUAL. (folios. 129 a 139); las distintas respuestas dadas por OLDMUTUAL. y COLPENSIONES, a las peticiones de la actora (folios. 25 a 27); formularios de solicitud de vinculación a PORVENIR diligenciado el 25 de mayo de 1999, SANTANDER diligenciado el 06 de noviembre de 2002 y SKANDIA diligenciado el 28 de septiembre de 2007, (folios 21 a 23); expediente administrativo cuenta individual SKANDIA (folios. 123 a 128); proyección, simulación pensional realizado por OLDMUTUAL el 16 de julio de 2019 (folios 28 a31).

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 26 de septiembre de 1965 (folio. 16); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 04 de noviembre de 1993 y el 30 de mayo de 1999, con 261,43 semanas (CD. folio. 103); iii) que el 25 de mayo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR., con fecha de efectividad desde el 01 de julio de 1999, (folio. 21), posteriormente se traslado el 06 de septiembre de 2002, a la AFP SANTADER hoy PROTECCIÓN S.A. (folio 22) y finalmente se trasladó el 28 de septiembre de 2007, a la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A. (folio 23), administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportado por dicha AFP, con 1.264,71 semanas (folios 136 a 139).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el año 1993, se encontraba cotizando con el ISS y que en el año 1999, se trasladó a PORVENIR S.A., en el 2002 a SANTANDER y a SKANDIA en el año 2007; manifestó que para el año 1999, todos los fondos de pensiones iban a las oficinas de puesto en puesto hablando con los empleados, que en su caso le realizaron una reunión grupal e informal, la cual duro entre 5 a 10 minutos en la que el asesor de PORVENIR S.A., les dijo que por la crisis financiera por la que pasaba el ISS, podían perder lo que ya habían cotizado, por lo que pasarse a un fondo privado sería lo mejor, ya que, se podían pensionar más jóvenes, con una mesada pensional mejor o igual que la del ISS, que les insistían mucho en que el ISS se iba a acabar; además, de ofrecerle regalos en contraprestación a firmar el formulario de afiliación, que eran ellos quienes diligenciaban el formulario, que ella solo

verifico los datos como nombre, al momento de la firma; indicó que nunca le hablaron de una cuenta individual de ahorro, tampoco sobre los rendimientos financieros, que no conocía los requisitos para obtener la pensión en el ISS, antes del traslado a HORIZONTE; que la motivación para regresar al RPMPD, es porque que la información que le dieron al momento de trasladarse al RAIS, no era cierta, ya que, al averiguar sobre su posible pensión en dicho régimen es tan solo de $1.000.000, cuando ella ha cotizado sobre salarios superiores, por lo que alega sentirse engañada y afectada por las AFP; por otra parte afirmo que nunca le explicaron las características de los regímenes, que no retornó al RPMPD, cuando aún podía porque no lo tenía claro y nadie le informó, que en ninguno de los traslados realizados dentro del RAIS, le explicaron sobre las variables que influían en el monto de la pensión, como beneficiarios, cambios normativos y jurisprudenciales, que no conocía la posibilidad de retractarse de la afiliación. Que en el año 2007, se trasladó a SKANDIA, porque le informaron que no pasaría nada con las cotizaciones ya realizadas, que tampoco le brindaron mucha información, no le explicaron para que era la información de los beneficiarios que diligenció, que no sabía que los aportes que ella hacia estaban en una cuenta de ahorro individual, que no le explicaron que pasaría con las semanas cotizadas en el ISS, que nunca recibió una asesoría personal, así como tampoco, ningún fondo le informó sobre la prohibición de trasladarse de régimen a los 47 años de edad y que sus salarios en promedio siempre fueron de $10.000.000, en adelante.

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 estaban las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS 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 OMAIRA TORRADO MORA, 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.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 25 de mayo de 1999 y con fecha de efectividad el 01 de julio de 1999, 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.

Finalmente, en relación con la orden impuesta a la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A.., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a las demandadas PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A, 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).

Ahora bien, sobre la solicitud de COLPENSIONES, que se adicione a la sentencia la condición de recibir a la afiliada en COLPENSIONES y actualizar la historia laboral, solo hasta que se dé cumplimiento a las obligaciones impuestas a la AFP, no habiendo sido objeto de discusión en el trascurso de esta actuación, siendo contrario a los principios de congruencia y consonancia. Ya que no se pueden traer hechos y pretensiones nuevas dentro, los cuales no fueron pedidos desde la demanda inicial, por cuanto se estaría vulnerando el derecho de defensa y debido proceso a las partes en el conflicto. Por lo anterior, no entrara la sala a estudiar este punto de la apelación.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido **OMAIRA TORRADO MORA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.,** la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502120210006601

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 02 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **NOELIA ARAGON BALANTA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES al Doctora Cindy Julieth Villa Navarro, quien se identifica con Cedula de ciudadanía No. 1.129.580.577 De Barranquilla, abogada en ejercicio portadora de la Tarjeta Profesional No. 219992 del C. S. de la J., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

ESPERANZA PARRA MONTEALEGRE, 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 la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A., como resultado de la omisión del deber de informarla con prudencia y pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, así como las prestaciones económicas que

obtendría; que se declare que, para todos los efectos jurídicos, ha permanecido en el RPMPD, advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al RAIS, no puede producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea; que se ordene a Porvenir S.A., realizar la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muertes y devolución de los gastos de administración que han sido descontados, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora; que se ordene a COLPENSIONES, reactivar la afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPMPD, recibir los aportes y rendimientos financieros devueltos por PORVENIR S.A. actualizar y corregir la historia laboral; que se condene a la parte demandada a pagar las costas procesales y agencias en derecho correspondiente y efectuar las declaraciones y condenas extra y ultra petita a que hubiere lugar.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 14 de septiembre de 1967, que para la fecha de interpuesta la demanda contaba con 54 años de edad; que se afilió al ISS el 23 de agosto de 1989, cotizando un total de 30,86 semanas, que se encuentra vinculada como docente oficial desde el 28 de agosto de 2008, expresó que ante una campaña de desinformación de las AFP en general, firmó formulario de traslado de RPMPD al RAIS, con destino a PORVENIR S.A., afirmó que el mencionado traslado, se dio sin tener información concreta, clara y veraz de las consecuencias de su decisión, información que debió ser suministrada por PORVENIR S.A., omitiendo dar información acerca de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional, alegó que en el formulario de solicitud de afiliación a PORVENIR S.A., no existe constancia alguna de la que se pueda inferir que, le fue suministrada información pertinente de cuál podría ser el monto pensional en los dos regímenes pensionales, que el asesor de PORVENIR S.A., le informó que realizando dicho traslado se podía pensionar a la edad que quisiera, pero omitió la información de las condiciones para lograrlo, que el asesor del fondo privado no le mencionó e informó que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual, ni que en el RPMPD, el valor de la pensión de vejez no depende del ahorro, sino del tiempo acumulado en semanas de cotización, edad y salario base de cotización, no le indicaron que podría hacer aportes voluntarios que podían incrementar el valor de la pensión, siendo ésta la única posible ventaja de trasladarse a dicho fondo privado de pensiones, no le realizaron un cálculo actuarial, que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional que obtendría en el RPMPD y en el RAIS, que PORVENIR S.A, al momento del traslado del régimen pensional, no le informó cuánto debía ser el capital que debía acumular en la cuenta de ahorro individual para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto o cuanto necesita tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad o a la edad de pensión, o para mantener su mínimo vital, ni que el monto de su pensión en ese régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios y cómo influiría en su pensión.

Expuso que el 14 de septiembre de 2020, radicó derecho de petición ante PORVENIR S.A., en el cual solicitó una proyección de su mesada, la copia

simple de los formularios de afiliación, copia simple de las comunicaciones que por cualquier canal o medio haya emitido PORVENIR S.A., tendiente a asesorarla acerca de su futuro pensional, anulación del traslado de régimen y traslado de la totalidad del dinero acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus respectivos rendimientos y bono pensional, si a ello hubiere lugar. Que PORVENIR S.A, dio respuesta a la solicitud realizada, indicándole el resultado de una proyección pensional, y que esa simulación corresponde a un cálculo aproximado y provisional, por lo que no debe entenderse en ningún caso como una situación concreta y definitiva, ni como un derecho adquirido a favor del afiliado. En relación con la solicitud relacionado con la determinación del monto de la mesada pensional en el RPMPD, manifestó que esta sociedad Administradora debe abstenerse de emitir un pronunciamiento, puesto que tal determinación es propia de ese régimen de pensiones, cuyas variables en la determinación en el monto de la mesada pensional difieren de las que por ley corresponde emplear a los fondos privados de pensiones, que la Administradora adjuntó copia del formulario de afiliación y certificación de afiliación, así como la copia de la historia laboral consolidada. Respecto a las asesorías resaltaron que son de manera verbal, por ello no se anexaron soportes.

Por otra parte, indicó que radico derecho de petición ante COLPENSIONES el 01 de diciembre de 2020 con Radicado 2020_12300428, solicitando que se anulara el traslado realizado al RAIS y recibiera la totalidad del dinero acumulado en su cuenta de ahorro individual de la AFP PORVENIR S.A. y que una vez recibidos dichos aportes, se procediera a actualizar su historia laboral; que COLPENSIONES, le respondió indicando que no era posible activar ninguna afiliación al RPMPD, como tampoco recibir los aportes realizados en la AFP, ni realizar la actualización de la historia laboral.

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 de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (fls. 3 a 45).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 3 a 29).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS, el 20 de junio de 1997, con fecha de efectividad a partir del 01 de agosto e de 1997, por intermedio de HORIZONTE hoy PORVENIR SA y, en consecuencia, declaró valida la afiliación al RPMPD, administrado por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, aportes pensionales, cotizaciones, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora. Para ello se concedió el término de un (1) mes. Indicó que al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas; condenó en costas a PORVENIR S.A., y a favor de la parte demandante, como agencias en derecho la suma de $1.500.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumentó que la afiliación de la demandante se dio en debida forma, teniendo en cuenta que la Superintendencia Financiera, ha sido enfático en señalar que el deber de información que existe actualmente, no estaba vigente para el momento en que se realizó el traslado de régimen, porque fue a partir de la entrada en vigor del decreto 2241 del 2010, es decir 01 de julio de 2010, que se estableció dicha obligación y que en ese sentido PORVENIR S.A., cumplió con las obligaciones legales que se encontraban vigentes para el momento en que se realizó el traslado de régimen pensional, por lo que consideró que declarar ineficaz el traslado no sería procedente. Por otra parte, manifestó que con referencia a la condena del numeral segundo del fallo, relativo a la devolución de todos los valores que reposan

en la cuenta individual de la demandante, señalo que dichos conceptos fueron descontados en cumplimento de un deber legal, establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, por lo que concluyó que dicha condena es desproporcionada, ya que, dichos descuentos se efectuaron para administrar los aportes de la actora y en cumplimiento de la ley.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES,** presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que la demandante realizo el traslado al RIAS, de manera libre, voluntaria y de conformidad con lo establecido en el numeral b, artículo 13 de la ley 100 de 1993. Con respecto a la carga de la prueba, indicó que resulta desproporcional colocarla en la AFP y en COLPENSIONES, teniendo en cuenta que esta última es la más afectada en lo ateniente en la sostenibilidad del sistema pensional, arguyendo que aún más, cuando la afiliación se realizó para el año 1997, es decir, aproximadamente hace más de 23 años, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, indicó que aunque la Corte Suprema, utiliza como norma para la aplicación del deber de información el decreto 663 de 1993, explicó que ese decreto se materializó a través de la ley 1748 de 2014 y decreto 2061 de 2015. Señaló que si en la presunta falta de información se produce un efecto cierto o adverso, como es perder el régimen de transición pensional o si se trata de una situación donde el afiliado no se puede trasladar de régimen o encuentra en esta clase de acciones la oportunidad para obtener un beneficio indebido, al querer ignorar las normar que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes, alegó que este último escenario no es el objeto de protección y alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que dicho proceder termina por socavar los principios fundaméntale sobre los cuales se erige todo el sistema general de la seguridad social como es la autonomía en la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen pensional; además, indico que se debe tener en cuenta que una persona que no está afiliada al RPMPD, pretenda que el sistema sea solidario y requiera beneficiarse de aportes que no ha realizado, lo que pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que siempre han cotizado al mismo. De manera subsidiaria, manifestó que, en caso de confirmarse la sentencia, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, debidamente indexadas por el periodo en que permaneció afiliada al fondo privado, como quiera que COLPENSIONES, no podrá dar cumplimiento al fallo, hasta tanto la AFP, reintegre los recursos. Finalmente, solicitó que no se condene en costas a COLPENSIONES, ya que, esta no participo en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato celebrado por partes ajenas a COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., peticionaron la revocación del fallo porque el traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma pre-impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. También que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

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.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 1 de diciembre de 2020 y su respuesta el 3 de diciembre de 2020. (fls 100 – 104 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 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. 11001310502820130062601, 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, 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 14 de septiembre de 1967 (fl. 34 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de junio de 1985 y el 30 de abril de 1997, 30,86 semanas (fl. 36 a 43 Archivo 01); iii) que el 20 de junio de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de agosto de 1997, (fl. 31 Archivo 07) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 167 semanas (fl. 37 a 115 Archivo 07).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para el año 1997, cuando trabajaba para productos Yupi, contratada a través de una agencia de empleos llamada Sistemas Temporales de Colombia, uno de los supervisores le informó que debía firmar unos documentos porque la iban a cambiar, pero no le explicaron en qué consistía ese cambio, que en ese momento pensó que era algo referente a la salud; explico que cuando salió al descanso laboral, la persona que estaba realizando las afiliaciones, estaba ahí con los formularios, simplemente ella hizo la fila para firmar el formulario y no más, que no le

explicaron absolutamente nada, únicamente que debía firmar esos documentos, testificó que no leyó el formulario porque no había tiempo y que tampoco le dieron copia del mismo, que únicamente verificó que estuvieran bien sus datos personales, expuso que si recibía los extractos de PORVENIR S.A., pero que ya le dejaron de llegar hace tiempo, sin embargo, aclaro que ella ingresa a la página y ahí puede verificar la información, indicó que para el momento del traslado no conocía las condiciones o requisitos para pensionarse con el RPMPD, expresó que para el año 1999, cuando se quedó sin trabajo se contactó con PORVENIR S.A., para retirar el dinero de las cotizaciones, pero le indicaron que no lo podía retirar, solo hasta que cumpliera la edad pensional, manifestó que para el año 2015 o 2016, fue que se dio cuenta que era mejor regresar al RPMPD, pero ya no lo podía hacer porque ya no cumplía con la edad para hacerlo.

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 NOELIA ARAGÓN BALANTA , 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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el 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

PORVENIR S.A., el 20 de junio de 1997, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de agosto de 1997, es nulo.

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 NOELIA ARAGÓN BALANTA.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales

como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **NOELIA**

ARAGÓN BALANTA en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502220180010701

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la AFP PORVENIR S.A., OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLPENSIONES en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 09 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA DEL ROSARIO ROJAS GARZON** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de COLPENSIONES a la doctora Viviana Moreno Alvarado, con Cedula de ciudadanía No. 1.093.767.709 De Los Patios, abogada en ejercicio portadora de la Tarjeta Profesional No. 269607 del C. S. de la J., en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

MARIA DEL ROSARIOROJAS GARZON, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; así mismo que se declare que para todos los efectos legales nunca estuvo afiliada al RAIS que es administrado por la AFP PORVENIR S.A; y que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de afiliación al RAIS a cargo de PORVENIR S.A., se declare que la demandante quede inscrita en el RPMPD, administrado por COLPENSIONES; que se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado de Régimen Pensional de la actora, que fue radicado formalmente en esa administradora el veintiséis (26) de enero de 2018, y que se proceda a inscribir a la peticionaria en el RPMPD que administra dicha entidad, igualmente solicitó que se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, el valor de los dineros que reposan en la Cuenta de Ahorro Individual de la cotizante MARIA DEL ROSARIO ROJAS GARZON, y que se condene a las demandadas al pago de las agencia en derecho y las costas del presente proceso. (fol. 37 a 38)

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 20 de septiembre de 1963; que inició su vida laboral, siendo trabajadora de la empresa ESSO COLOMBIANA LIMITED, el 18 de noviembre de 1987 y su empleador, era el encargado de manejar bajo el RPMPD hasta el 31 de marzo de 1994; indico que el 27 de abril de 1994, se trasladó al RAIS; que fue abordada en su sitio de trabajo por un asesor comercial de PORVENIR S.A., quien para la mencionada fecha no ostentaba las calidades que exige el Artículo 4 del Decreto 720 de 1994, tales como la idoneidad, honestidad, trayectoria, zación, profesionalismo y conocimiento adecuado para la labor de ofrecer una afiliación en pensiones y la invitó a trasladarse al que para ese momento era el RAIS; manifestó que las explicaciones ofrecidas por el asesor de PORVENIR S.A. para persuadir su traslado de régimen, fueron las de obtener el pago de una pensión anticipada que sería mayor a la pensión que le otorgaría el RPMPD; expreso que por el engaño y error al que fue sometida por parte del asesor comercial de PORVENIR S.A. del cual no recibió ninguna explicación racional y objetiva de todos y cada uno de los efectos jurídicos que enfrentaría por su traslado al régimen, suscribió el formulario de vinculación al RAIS. Manifestó que PORVENIR S.A., al momento de obtener la afiliación, faltó a su obligación de información, contenida entre otras normas en el numeral 1 del Artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, Artículo 4, 10, 12, del Decreto 720 de 1994 y Artículo 1603 del C.C., que imponen a las entidades vigiladas, como lo es el fondo mencionado, entre otras cosas a lo siguiente: "*… suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.*". Que de ninguna manera o forma posible, PORVENIR S.A. cumplió con su obligación, ya que de haberlo hecho, clara y

objetivamente, con absoluta seguridad**,** la decisión de la demandante hubiese sido la de mantenerse en el RPMPD, por los siguientes aspectos: El Bono Pensional que se causa por haberse trasladado al RAIS, habiendo cotizado en el RPM en periodos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tiene una fecha de redención normal a los 60 años del afiliado mujer, entre tanto en el régimen de prima media la edad de pensión para este género es de 57 años, es decir tres (03) años antes; que en el RAIS, el valor de la mesada pensional depende exclusivamente del capital acumulado en la cuenta individual, capital que está sujeto a todas las variables económicas del mercado, que reconocida la prestación bajo la modalidad de retiro programado no es posible garantizar que la mesada pensional se mantenga o aumente por lo menos en el costo de vida, ya que el capital que financia la pensión está sujeto a las variables económicas del mercado. Expreso que las explicaciones ofrecidas por el asesor de PORVENIR S.A. para persuadirla de su traslado de régimen fueron: Que el ISS iba a desaparecer y los aportes realizados a esta entidad se perderían, y que la única posibilidad de que ella recuperara el dinero aportado al RPMPD, era afiliándose al RAIS y convirtiendo esos aportes en un bono pensional; que Le ofrecía la oportunidad de pensionarse antes de la edad exigida, cotizando con el mismo IBC reportado al sistema al momento del traslado. y acceder a una mesada pensional mayor a la pensión que le otorgaría el régimen de prima media. (fls. 38 a 47).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

SKANDIA., propuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de no lo debido por inexistencia de la obligación, genérica. (Archivo 10 -fl. 25 a27)

COLPENSIONES, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia causal de la nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden publico y innominada o genérica. (Archivo 01fls. 131 a 139).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir la inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de trato sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada y genérica (fls.176 a 177).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado efectuado por MARIA DEL ROSARIO ROJAS GARZÓN al régimen RAIS, acaecido el 27 de abril de 1994, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia; ordeno a PORVENIR S.A, fondo al que se encuentra afiliada la señora MARIA DEL ROSARIO ROJAS GARZÓN, a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedo explicado en la providencia. Igualmente ordeno a Old Mutual S.A Y PORVENIR S.A a remitir a COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado y declaro no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de la AFP PORVENIR S.A., y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, manifestó que, no le asiste razón a la falladora de primera instancia en declarar la nulidad del traslado con sustento en la falta de información, cuando quedo demostrado en el interrogatorio parte que se busca la ineficacia es por el mero cumplimiento de una expectativa pensional, alega que para la época del traslado PORVENIR S.A. se siño a todas las normativas vigentes que tenía a su cargo y conforme a la normativa del momento, que a la AFP le brindo información a la demandante completa, veraz y le explico ampliamente sobre las condiciones del RAIS, que quedó demostrado en el expediente en el hecho 15 que el asesor le expuso la debida información y que es ahí donde se genera una duda con el escrito de la demanda y el interrogatorio de parte; indicó que la AFP esta imposibilitada a comprobar documentalmente los dichos como el de la asesoría con documentos distintos al del formulario de traslado pues para el año 1994 no estaba en la obligación de aportar documento diferente al mencionado, es por esto que se define el formulario de afiliación como una prueba documental idónea para la época en que se realizó el traslado y la demandante acepto los términos del RAIS y suscribió su formulario voluntariamente, afirmó que la demandante resuelve suscribirse después a OLD MUTUAL hoy SKANDIA y después regresa a PORVENIR S.A. queda demostrado que la actora recibió por lo menos tres asesorías y quedo manifestado que la misma recuerda todo o dicho por el asesor en el año de

1994, pero no recuerda lo dicho por el asesor que la atendió en el año 2007, exterioriza la AFP que por este acto se puede evidenciar que hay aprovechamiento de una indebida inversión en la carga dinámica de la prueba; con respecto a los gastos de administración señalo, que no es procedente devolver los mismos, pues habida cuenta que en el RPMPD, se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia y los mismos no están llamados a financiar la pensión de vejez y que por ende debe declararse la prescripción de estos, afirma que esta devolución no es concerniente a la ley y por el contrario, revela que el articulo 113 literal b, establece que hay un cambio de régimen con la declaratoria de la ineficacia y los únicos dineros que se deben retornar hacia COLPENSIONES en el presente caso son aquellos dineros que corresponden a la cotizaciones junto con los rendimientos, aclaro entonces que estos gastos de administración son una contraprestación a la AFP PORVENIR, por la generación de los rendimientos, también advirtió con respecto al articulo 1746 del CC. Referente a que todo debe quedar como se encontraba, no se debe entonces devolver los gastos de administración, ya que fue la AFP quien genero los rendimientos realizando las inversiones respectivas dentro del mercado, solicitó que se declare la prescripción de los gastos de administración o cualquier tipo de dinero distinto a las cotizaciones y a los rendimientos teniendo en cuenta que estos no están llamados a financiar la pensión de vejez; finalmente requirió que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la AFP PORVENIR S.A. de todas y cada una de la pretensiones de la demanda.

OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., presento recurso de apelación de forma parcial, con respecto a la devolución de dineros por gastos de administración durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada con SKANDYA, indicó que la ley 100 de 1993 articulo 20, señala que los regímenes descuentan un porcentaje, el cual es para financiar unos gastos de administración para las primas de invalides y pensión de sobrevivientes, que correlativamente a este articulo indica que el Decreto 692 de 1994 en su articulo 36, habla de las distribuciones de la cotizaciones donde enseña que el ISS, las cajas, fondos o entidades de previsión, mientras no se ordene la liquidación, deberán de llevar unas cuentas separadas de la reservas para pensión de vejez y de los gastos de administración, exterioriza que para las AFP, se les requiere una contraprestación mencionada que resumen a unas obligaciones que deben de cumplir mientras son las administradora de pensiones de los afiliados, menciona que es importante tener en cuenta que le corresponde al juez hacer un estudio y ponderación objetiva en cuanto a los conceptos de restituciones mutuas de confianza legitima y de buena fe, que ostenta en este caso la AFP SKANDYA, y que ordenar a devolver dicho porcentaje es generar un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido; también exteriorizo que quedo documentado con la pruebas que se

adjuntaron en su debido momento con la contestación de la demanda, que el Fondo cumplió con generar a la demandante una rentabilidad mínima acorde con las directrices legales que emite la Super Intendencia Financiera, como entidad que la vigila, que por estos motivos no resulta procedente reintegrar una comisión de administración, cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante a RAIS, SKANDYA cumplió y el mismo incurre en una violación al principio constitucional de buena fe, confianza legitima y el debido proceso, que genera un perjuicio económico al patrimonio de SKANDYA; finalmente solicita sea revocada la sentencia frente a la condena a SKANDYA S.A.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, solicito sea revocada la sentencia de primera instancia en su integridad, indicó que hay suficientes argumentos en el presente proceso para que no sea declarada la ineficacia del traslado tales como: Que la demandante no llego a probar que los fondos privados le faltaron al deber de la información, expuso que la declaración de la demandante no tiene sincronía con la demanda, con respecto al encuadramiento jurídico que decidió seguir la juez de primera instancia, insiste en que es herrado desde la proposición de la actora en la demanda ya que la actora propone regresar al RPMPD, es con el fin de incrementar el valor de su mesada pensional y que esto no se puede refutar como una falta al deber de la información, ya que para la época del traslado era imposible saber cual era la mesada pensional de la demandante 20 años después, a nadie se le puede obligar a lo imposible, es un derecho en general; indica que teniendo en cuenta lo fundamentado y lo factico en el encuadramiento jurisprudencial que quiere hacer valer la parte demandante y que siguió como derrotero la juez, considera el apoderado de COLPENSIONES, que se le ha limitado el derecho a la defensa y no se encuentra una simetría con la jurisprudencia de la H, Corte Suprema de Justicia y los expuestos en el proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES peticiona la revocación de la sentencia en primera instancia porque la parte recurrente esta incursa en la prohibición legal de retornar al RPMPD, no acredito los vicios del consentimiento, tampoco cumplió con su carga probatoria como lo prevé el artículo 1604 del C.C. además no se pueden imponer cargas adicionales frente al deber de información y la nulidad da lugar a la descapitalización del sistema. Entre tanto, la parte actora, solicita la confirmación del fallo en cuanto el fondo demandando no demostró haber satisfecho el deber de información y buen consejo.

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

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación 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. 11001310502820130062601, 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, estudiarse que la carga de la prueba, que le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir,

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

En el presente caso, al plenario se allegaron, historia laboral consolidada de OLD MUTUAL (archivo 10 fls.38 a 49); solicitud de nulidad de traslado de régimen presentadas por la actora ante COLPENSIONES (Archivo 01 fls. 16 - 19); formularios de afiliación al fondo de pensiones obligatorias SCANDYA S.A. y POVENIR S.A, diligenciados el 27 de abril de 1994 (Archivo 01fl. 6) con fecha de efectividad el 01 de mayo de 1994 y el 15 de abril de 2007; historia laboral PORVENIR S.A (Archivo 01fl. 108 a 129); ASOFONDOS (Archivo 01 fl. 38).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, señaló que, su cambio de régimen pensional en el año 1994, cuando trabajaba ESO COLOMBIANA, desde el año 1987, y que 1994 se le acercó un asesor de PORVENIR S.A., informándole que le correspondía afiliarse por un cambio legar y que en virtud de eso le explico que como tenía un tiempo de trabajo previo al año 1194, si se afiliaba con PORVERNIR, ellos realizarían la gestión, teniéndole en cuenta el tiempo ya cotizado para efectos de su pensión, indico que la reunión con el asesor de PORVENIR S.A., fue individual, que el mismo se acercó a su oficina , pero en ningún momento le informo aspectos como que: podía pensionar de manera anticipada, ni que podía tener acceso a una pensión superior a la que tendría en el RPMPD, o que pasaría con su pensión en el caso de llegar a fallecer, sobre los aportes voluntarios y que no la informaron sobre lo que significa una cuenta de ahorro individual, como tampoco sobre los rendimientos que sus cotizaciones generaban; expreso que no entiende por qué en el escrito de demanda en el hecho 15 indico que había sido informada sobre una pensión anticipada; que antes de retirarse de trabajar se acercó a las oficinas de PORVENIR S.A., a preguntar sobre sus condiciones de pensión, pero no se acercó a una oficina de COLPENSIONES a recibir asesoría sobre la pensión de vejez, exteriorizo que recibió los extractos de su cuenta de ahorro individual periódicamente por parte de PORVENIR S.A., los cuales aduce que reviso, pero no entiende muy bien además que son muy extensos; explico que se trasladó a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS, ya que ellos le arreglarían el tema tiempo que trabajo sin cotizar a pensión, ya que no le aprecian referenciadas, el mismo hecho la

motiva a retornar a PORVENIR S.A. en el 2007, porque revisaban el tiempo cotizado y no aprecia registrado en ningún Fondo, que esos traslados los hizo con el fin de resolver el tema de la semanas que no aparecían en actualización de la historia laboral, indica que ella nunca estuvo cotizando en el ISS, ilustro tener claro que en COLPENSIONES puede pensionarse con un valor superior al valor que le informo PORVENIR S.A. al momento de acercase a averiguar por su pensión,

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso, que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora no logró probar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARIA DEL ROSARIOROJAS GARZON, 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.

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 27 de abril de 1994, con fecha de efectividad 01 de mayo 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena 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."*.

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 MARIA DEL ROSARIOROJAS GARZON.

Considera la Sala entonces, 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.

Ahora, en relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual

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

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

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

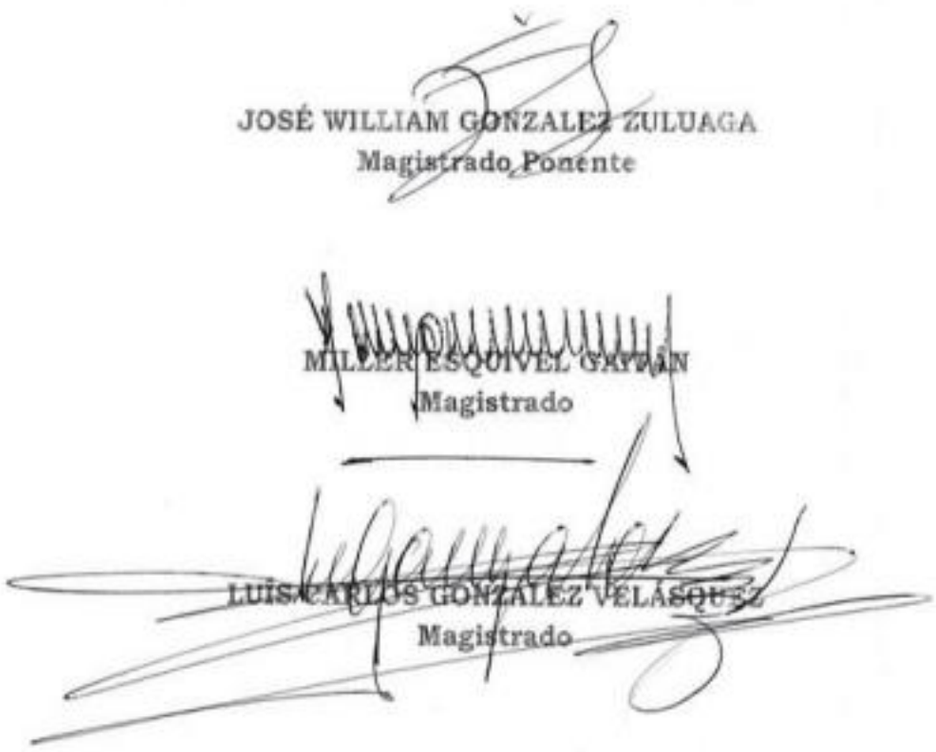
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por MARIA DEL ROSARIOROJAS GARZON en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502620190082801

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 02 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SONIA LUZ BOHORQUEZ LOPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

SONIA LUZ BOHORQUEZ LOPEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., para que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado de la demandante al RAIS, ante la omisión de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., del deber de profesional de información, que se ordene el traslado de la demandante al RPMPD administrado por COLPENSIONES, como consecuencia de la declaración de la nulidad por ineficacia, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad, que se ordene a

PORNENIR S.A., la devolución a COLPENSIONES, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro, que se condene a PORVENIR S.A., que en caso de haber otorgado previamente pensión por parte del fondo al momento de dictarse sentencia que ponga fin a esta Litis, a seguir pagando la misma a la demandante hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado, todos los recursos a COLPENSIONES, para financiar la deuda pensional y sea incluida en nómina de pensionados por este, con el propósito de que la demandante no quede desprotegida de su derecho pensional; que se condene a las demandadas a las costas que se causen en el proceso y lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se afilió al sistema de seguridad social en pensiones, desde el 20 de mayo de 1987, que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados, se trasladó al RAIS, afiliándose a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 25 de septiembre de 1994, quien a través de uno de sus representantes se limitó a diligenciar un formulario preestablecido para la afiliación, sin brindar información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto al RAIS, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPMPD y las implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones; que el fondo privado no le entrego una proyección pensional, no le informaron hasta que edad debía cotizar en el RAIS y con qué salarios, para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el RPMPD, no le explicaron cuanto capital ahorrado se exige para una pensión de salario mínimo con el RAIS, no le indicaron que para pensionarse antes de la edad requerida o de manera anticipada en el RAIS, debía negociar su bono pensional que entregaba la entidad pública en la que estaba afiliada y que esa situación traía como resultado la disminución del valor de su pensión, no le informaron que tener cónyuge, compañero, hijo discapacitado o menor de edad estando en el RAIS, el monto de su pensión sería menor que en el RPMPD, no le dijeron que tenía derecho a retractarse de la afiliación al RAIS, expresó que los fondos privados con el objetivo de que las personas se afiliarían a estos fondos, publicitaron información que faltaba a la verdad u ocultaban la misma, informándoles que podían pensionarse a menor edad a la requerida, que la mesada pensional sería más alta que en el ISS, sin realizarles proyecciones reales, que el ISS, iba a desaparecer por lo que los aportes realizados allí estaban en riesgo; señaló que de no haberse trasladado de régimen su mesada pensional en el RPMPD, seria aproximadamente de $4.169.432, mientras que en el RAIS, sería de $930.269, según estudio comparativo de cálculo actuarial realizado entre ambos regímenes y que actualmente se encuentra cotizando al AFP PORVENIR S.A.

Finalmente, afirmo radicó ante COLPENSIONES, solicitud para que se declarara la nulidad del traslado de régimen pensional, el cual fue negado

por dicha entidad; que igualmente solicitó a PORVENIR S.A., anular la afiliación al RAIS y retornarla a COLEPNSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido el fondo, sin derecho a descontar ningún valor por gastos de administración o cualquier otro, solicitud que fue negada por el fondo privado.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION S.A. 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 de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los catos administrativos. (flis. 245 a 253).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de la causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (flis. 293 a 316).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCÓN 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, traslado de aportes a PORVENIR S.A., reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica. (fl.390 a 402).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de diciembre de 2021, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante del RPMPD, a partir de 1994; condenó a la demandada PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó al fondo de pensiones PROTECCION a que remita a COLPENSIONES los gastos descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante; condenó a la demandada COLPENSIONES a que acepte

dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada PORVENIR Y PROTECCION; Fijándose como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS ($800.000).

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó que se revoque la totalidad de la sentencia de Primera Instancia, argumentando que a la actora se le brindó el deber de información, de acuerdo con la normatividad vigente para el año 1994, la cual no exigía dejar una constancia de carácter escritural de lo informado a la afiliada, que solo hasta la expedición de los decretos 2555 de 2010, 2071 del 2015 y la ley 1748 de 2014, las administradoras de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; resaltó que el ente gubernamental que vigila las administradoras de pensión, ha sido enfático en afirmar que la obligación de brindar información cierta, clara, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de la afiliación, nace en el ordenamiento jurídico únicamente a partir con la entrada en vigor del decreto 2241 de 2010, que la Superintendencia Financiera en concepto No. 001 del 2017, expone a partir de que época se encuentra en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones cumplir con el deber de asesoría en estricto sentido; señaló que las obligaciones generales especiales vigentes para PORVENIR S.A., al momento de realizar el traslado inicial del régimen pensional de la demandante, se encuentran establecidos en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994, dentro de los cuales no se establece el deber de información alegado por la actora. Frente al traslado de las sumas por gastos de administración indicó que estos tienen por mandato legal una destinación específica que se encuentra contemplado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que el 10% del ingreso se destina a las cuentas de ahorro individual, 0.5% al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de seguros de FOGAFIN y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, descuentos que se realizaron debido al buen manejo de los recursos que se ejecutaron durante las 2 vinculaciones que tuvo la demandante, por lo que no habría lugar a condenar a PORVENIR S.A., a devolver dichos recursos, cuando se hizo un buen manejo de los recursos y se obtuvieron rendimientos financieros.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso de apelación parcial a la sentencia de

Primera Instancia, en lo que corresponde al traslado a COLPENSIONES de los descuentos realizados por gastos administración, argumentando que son descuentos que se encuentran autorizados por el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, en su artículo 7 y el mismo se realizó en el momento con la autorización normativa, como se realiza en cualquier entidad administradora de pensiones y se realizó como contraprestación a una buena administración de los recurso de la demandante, lo cual se evidencia en los rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorro individual y que fueron trasladados a la AFP PORVENIR S.A. Señalo que no hay lugar a devolver estos dineros, ya que, fueron recursos causados durante la administración de estos dineros por el fondo de pensiones, por lo que se debe de hablar de prestaciones acaecidas teoría que fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia, sala Laboral, en sentencia con radicado No. 31989 de septiembre de 2008. Además, expreso que debe tenerse en cuenta que frente al cobro del 3% destinado para los gastos de administración opera la prescripción, por ser un concepto de tracto sucesivo, causado por la periodicidad que impone la ley, teniendo presente que no es un concepto que financia directamente la prestación económica por vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. solicitan la revocación de la sentencia ya que la actora acogió toda la información necesaria para realizar el traslado, esto se realizó de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por ende no se le transgredo ninguno de los derechos, se respeto su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS, era una persona que gozaba de toda capacidad legal, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al instante de la afiliación, deben ser estimadas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66 A y 69 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 las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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 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. 11001310502820130062601, 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 son 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, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral de la demandante en la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (fl. Folio 55 a 70);, las distintas respuestas dadas por las entidades, a las peticiones de la actora (fls. 54,83, 86 a 87); formulario solicitud de vinculación a AFP PROTECCION S.A. (fl. 407), diligenciado el 16 de enero de 2002; formulario solicitud de vinculación a AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (fls. 72 a 81), diligenciado el 15 de septiembre de 1994; formulario solicitud de vinculación a AFP PROTECCION. (fls. 419), diligenciado el 17 de septiembre de 2009; expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 254). Estudio comparativo de la situación pensional – CALCULO ACTORIAL – REGIMEN DE PRIMA MEDIA Y REGIMEN DE PRIMA INDIVIDUAL (fl. 211 a 220).

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: la demandante nació el 13 de noviembre de 1967 (fl. 88); cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 20 de mayo de 1987 y el 30 de septiembre de 1994, 138 semanas (fl. 212); que el 15 de septiembre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE., con fecha de efectividad desde el 01 de octubre de 1994, (fl. 319), que el 16 de enero de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCION S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de marzo de 2002, (fl. 319) y que el 17 de septiembre de 2009, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 2009, administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 693 semanas (fl. 332 a 347).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el año 1994, la dueña de la compañía llegó junto con unos asesores de PORVENIR S.A., quienes le dijeron que el ISS, se iba a acabar, que en una charla dirigida a todos los empleados, les dijeron que lo mejor era cambiarse de fondo, que se iban a poder pensionar anticipadamente; que posteriormente, se acercaron a cada uno de los puestos de trabajo y les diligenciaron los formularios, indicándoles que les iban a mantener las mismas condiciones del Seguro Social; relató que estos asesores no le informaron que podía realizar aportes voluntarios, ni que los aportes realizados generaban unos rendimientos, tampoco que los aportes que realizara a lo largo de su vida laboral iban a una cuenta a nombre de ella, no le indicaron que debía tener un capital mínimo para poderse pensionar, no le informaron las modalidades de pensión que existen en el RAIS, no le explicaron la figura denominada garantía de pensión mínima, no le hablaron de bono pensional; que en el 2002, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., porque su jefe, el gerente administrativo se le acerco con una compañera de la universidad de él y le dice que la escuche, que él está en el fondo PROTECCIÓN S.A., el cual es muy bueno, que era el fondo más sólido económicamente, todo con la finalidad para que se trasladara de fondo; indicó que no existió presión de cambiarse de fondo, lo hacía porque le

decían que se podía pensionar mucho mejor y anticipadamente; expresó que los asesores le dijeron que era mejor estar en un fondo privado; relató que los asesores no le informaron que se abriría una cuenta individual de ahorro a su nombre, no le dijeron que pasaría con el dinero cotizado en caso de fallecimiento, indicó que durante el tiempo que estuvo afiliada con PROTECCIÓN S.A., no recibió extractos; mencionó que en el año 2009, retorna PORVENIR S.A., porque la empresa para la que trabajaba, estaba unificando los fondos de pensión, que fue por un tema administrativo de la empresa, que fue un asesor a brindarle la charla, quien le dijo que no había diferencia entre los fondos, que se mantenían las mismas condiciones; que no le informaron cuales eran los requisitos para poderse pensionar; relató que en el año 2018, se acercó a una oficina de PORVENIR S.A., para averiguar sobre su situación pensional y fue cuando se dio cuenta que se pensionaria con una cifra muy cercana al mínimo, por lo que se sintió decepcionada y engañada. Indicó que el abogado le realizó un estudio de la diferencia que existe de pensionarse en COLPENSIONES y con los fondos privados, evidenciando una diferencia profunda en la mesada pensional.

Además, el perito señor VIDAL ARTURO CASTELBLANCO, absolvió interrogatorio, teniendo en cuenta que la parte actora aportó dictamen pericial realizado por él, en el cual indicó que, para la fecha en que la actora realizó el traslado a HORIZONTE, es decir, 15 de septiembre de 1994, era posible saber el monto de la pensión de la demandante en cada régimen, porque para ese momento existían todos los parámetros técnicos y procedimientos de cálculo, lo que cambiaba eran las tablas actuariales, que para la fecha era la resolución 585 de 1994; relató que hizo un cálculo aproximado en donde al aplicar las normatividades del Seguro Social, arrojaba una pensión de $119.000 y al hacer el estimado de un fondo privado, la mesada pensional sería de $98.700, arrojando una diferencia de $20.300; expresó que el motivo por el cual se encuentran esas diferencias tan marcadas en la mesada pensional de cada régimen, es por la metodología de cálculo aplicada, que en COLPENSIONES, se aplica el contenido del artículo 21 de la ley 100 de 1993, para efectos de calcular un promedio salarial y para una tasa de reemplazo se aplica el artículo 10 de la ley 797 de 2003, que reformo el artículo 34 de la ley 100 de 1993, indicando que al aplicar esa normatividad y tomando los salarios de los últimos 10 años como lo indica el artículo 21, actualizados y realizando un promedio ponderado a la fecha del cálculo, entonces tendría una mesada pensional de $4.169.432; que con el RAIS, se hizo un estudio paralelo en donde se tuvo en cuenta el saldo de la cuenta de ahorro individual, que se cotizo con el salario de 6.020.000, hasta la edad de pensión que es el año 2024, teniendo un acumulado en el RAIS de $59.000.000 y en la cuenta de ahorro individual de $141.000.000, para un total de $263.000.000, los cuales convertidos a pensión de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 81 de la ley 100 de 1993 y, teniendo en cuenta, las resoluciones 3023 de 2017 y 3099 de 2015, del Ministerio de Hacienda,

arrojaría una pensión de $943.015, concluyendo que hay una diferencia de $3.226.417, que le daría más COLPENSIONES, evidenciando que para poder obtener una pensión igual en el RAIS, debía realizar unos aportes voluntarios equivalentes a $609.000.000 aproximadamente. Indicó que la actora al trasladarse de régimen en 1994, no tenía derecho al bono pensional, ya que, únicamente contaba con 138 semanas cotizadas. Que en la proyección pensional realizada, los rendimientos financieros se establecieron con el 6% efectivo anual sobre la inflación, el cual es un rendimiento promedio de los fondos. Señaló que con la nueva normativa para liquidar la mesada pensional en el RAIS, es más difícil para el futuro pensionado acceder al monto para alcanzar una prestación en comparación con la normativa vigente para el año 1994, porque al capital acumulado le van a aplicar unos descuentos en términos de porcentaje de acuerdo a las resoluciones 3023 de 2017 y 3099 de 2015, del Ministerio de Hacienda, por lo que se realizan más descuentos por factores como la expectativa de vida y como está conformado el grupo familiar. Adicionalmente, relató que realizar un cálculo pensional del RAIS en el año 1994 a la fecha de pensión, no sería especular, ya que, cuando se hace una inversión, se hace un proyecto de cómo se construye la pensión, de acuerdo a un análisis financiero. Finalmente, explico que para el año 1994, se le podía advertir al afiliado las variables que se tendrían en cuenta para el reconocimiento y pago de la pensión en el fondo y se le podía realizar una simulación de la pensión.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaban PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., obligadas a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos, no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora **SONIA LUZ BOHORQUEZ LOPEZ**, 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.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando PROTECCION S.A.,, enseñaron de manera incompleta las calidades del producto que ofrecían 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 omitieron 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 PROTECCION S.A., el 01de septiembre de 1999, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

En 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).

Finalmente, en relación con la orden impuesta a PROTECCION S.A, encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de

administración, ninguna razón le asiste en su reproche a la demandada, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *"si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro inividual 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).

Considera entonces la Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación del demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCION S.A., tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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, 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.

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 los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido **SONIA LUZ BOHORQUEZ LOPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.,** la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

PORVENIR S.A. conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502620200012401

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARLOS ARTURO SALAMANCA ALONSO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.;**

ANTECEDENTES

CARLOS ARTURO SALAMANCA ALONSO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

– COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS a la AFP PROTECCIÓN S.A., realizado en noviembre de 1999, por cuanto existió error de hecho que vicio el consentimiento, que se declare que nunca efectuó un traslado valido al RAIS, que se declare que la entidad a la que se encuentra legalmente afiliado es COLPENSIONES, quien debe registrar y activar su afiliación, que se condene a PROTECCIÓN S.A., a registrar en su sistema que no se efectuó una vinculación valida, por indebida información suministrada al momento de la afiliación, que causo un vicio de su consentimiento y que devuelva a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que figuran en la cuenta de ahorro individual, consistentes en bonos, aportes, rendimientos, comisiones etc. Y que actualice la historia laboral con las semanas cotizadas en el RAIS, que se condene lo ultra y extra petita y a las demandadas a las costas que se causen en el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 06 de octubre de 1954, que laboró para el Banco Popular S.A., desde el 21 de octubre de 1974 hasta el 11 de abril de 1976, que laboró para el Banco Nacional, desde el 07 de octubre de 1983 hasta el 18 de septiembre de 1994, que laboró para Ofintegral LTDA, desde el 10 de junio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1994, que cotizó como independiente desde el 01 de noviembre de 1997 hasta 31 de diciembre de 1997, que para la fecha en que realizó el traslado de régimen había cotizado 425.43 semanas al sistema general de pensiones, que al momento del traslado del RPMPD al RAIS, tenía un salario de $450.000, que en noviembre de 1999, se afilió a PROTECCION S.A., quien no le informó las consecuencias de trasladarse de régimen, la naturaleza y desventajas del RAIS, no le ilustró los escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen, no le sugirieron que debía quedarse en el RPMPD, que nunca recibió una asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección del régimen pensional y que a la fecha cuenta con 1.040, semanas cotizadas.

Finalmente, indicó que el 03 de octubre de 2019, radicó ante PROTECCIÓN S.A., solicitud para que anulara la afiliación a dicho fondo, que el 30 de septiembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES, la activación de su afiliación y a la fecha de radicación de la demanda, ninguna de las entidades había dado respuesta a las solicitudes.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron

no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCÓN 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, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso que se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica. (fls.121 a 131).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fls. 170 a 175).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante al RAIS; condenó a PROTECCION a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCION, fijándose como agencias en derecho la suma de ochocientos mil pesos ($800.000).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A., presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de Primera Instancia en el Numeral Segundo, con respecto a la devolución de gastos de administración, argumentando que dichos descuentos se realizan de conformidad con el artículo 20, de la ley

100 de 1993, los cuales se destinada al pago de primas de seguros, a financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir los gastos de administración, por lo que devolver dichos recursos constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y, adicionalmente, ya se estarían trasladando todos los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN S.A., la cual tendría derecho a conservar esa comisión como una restitución mutua a su favor y no hay razón para tener que trasladarla a COLPENSIONES. Indicó, que la Superintendencia Financiera ha solicitado que se dé pleno cumplimiento al artículo 7, del decreto 3995 de 2008, el cual establece que se debe respetar la destinación de los aportes realizados por la comisión de administración por la buena gestión que ha realizado el fondo de pensión. Solicitó, que en caso de confirmarse la condena a PROTECCIÓN S.A., de devolver los gastos de administración, sería una afectación en contra del patrimonio del fondo privado, porque es un ingreso del cual la administradora a descontado mes a mes, por lo que sería una condena en perjuicio, la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta, ya que, en el presente proceso no fue materia de prueba y no quedo demostrado la causación de los mismos, que si bien la inversión de la carga de la prueba se da o se genera a través del proceso directamente de la ineficacia, la carga de la prueba no opera frente a la condena de perjuicios de la administradora, tema que no se discutió y ni siquiera se informó a través del auto admisorio de la presente demanda. Por otra parte, expuso que con respecto a la comisión del 3% opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en el tiempo, es decir, desde el año 1999 y no hacen parte directamente de la financiación económica de lo que es el riesgo de vejez, por lo que son conceptos que si prescriben y se deben aplicar de conformidad a lo establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral, que establecen que en el transcurso del tiempo de 3 años, se debe aplicar el fenómeno jurídico de la prescripción a esos aportes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicitó que sea confirmada la sentencia ya que se demostró que no se ejerció el derecho a la elección de régimen pensional de forma libre y eficaz, ya que no tuvo un consentimiento debidamente informado para su vinculación al RAIS porque el fondo privado omitió brindar una asesoría con información suficiente, clara y entendible al momento del traslado de régimen pensional.

A su vez, COLPENSIONES, suplica que revoque el fallo en primera instancia ya que se verá afectada en un decaimiento económico, también porque en ningún momento se logró evidenciar que el traslado no se efectuara de

manera libre y voluntaria, la firma suscrita afiliación demuestra que si tenía el consentimiento del demandante.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66 A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la demandada PROTECCION S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberá analizarse las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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 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. 11001310502820130062601, 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, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral de la demandante en PROTECCION S.A. (fls. 195 a 213); las distintas peticiones del actor a PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, a (fls. 48 a 51); formulario solicitud de vinculación a PROTECCION S.A., diligenciado el 01 de septiembre de 1999 (fl. 194); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 179).

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 06 de octubre de 1954 (fl. 38); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 21 de octubre de 1974 y el 31 de diciembre de 1997, con 525,57 semanas (CD. fl.179); iii) que el 01 de septiembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 1999, (fl. 200), administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1384,71 semanas (fl. 194 a 199).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, para el año 1999, cuando trabajaba para el DANE, fueron varios fondos privados a explicarles las características y ventajas de los mismos, ya que, el ISS iba a desaparecer, entonces debían escoger el mejor fondo privado para que le garantizaran la pensión a futuro, que asistió a una reunión realizada por PROTECCIÓN S.A, por lo tanto, tomó la decisión de afiliarse a dicho fondo y firmó el formulario; que el asesor de dicha entidad, le informó que las cotizaciones realizadas al ISS, se trasladarían al fondo privado y no se perderían, que los beneficiarios podrían acceder a la pensión en caso de él fallecer; expresó que en el año 2006, recibió una reasesoria, donde le indicaron que en el RAIS, la pensión era más alta que en el RPMPD, que en dicha reasesoria no le explicaron que era la última oportunidad que tenía para trasladarse al RPMPD, no le realizaron una proyección de la mesada pensional en ambos regímenes.

Es preciso señalar que el apoderado de PROTECCIÓN S.A., le puso de presente al demandante un documento firmado por él, en el que el fondo privado en la reasesoria realizada en el año 2006, le efectuó una proyección

pensional y le explicaron que la pensión podía ser anticipada, que podía negociar el bono pensional y que no era una obligación de resultado los cálculos que se le realizaron en ese momento, a lo que el demandante contesto que no recuerda haber leído dicho documento, que en dicha reasesoria no le informaron cómo podía llegar a obtener una mesada pensional del 159.2% del ingreso base; indicó que la motivación para cambiarse al RPMPD, es porque en el fondo privado no le brindaron una adecuada información y al consultar con un especialista, se dio cuenta de las diferencias entre los regímenes y el monto de la pensión; indicó que recibe los extractos del fondo privado, pero no los lee porque ya no le interesa pensionarse con dicho fondo; que no retornó al RPMPD, porque desconocía que lo podía realizar; que los asesores de PROTECCIÓN S.A., no le explicaron que habían varias modalidades de pensión en el RIAS, ni qué pasaría si no alcanzaba a acumular el capital mínimo para pensionarse y, por el contrario, le garantizaron la pensión, que no le informaron que de las cotizaciones se descontaría los gastos de administración y se contrataría un seguro previsional y no le hablaron del bono pensional.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PROTECCION 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 al señor CARLOS ARTURO SALAMANCA ALONSO, 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que la misma resulta escasa al igual que el documento firmado por él demandante, en el que el fondo privado brindo reasesoria realizada en el año 2006, para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *"la simple firma*

del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando PROTECCION S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a la PROTECCION S.A., el 01 de setiembre de 1999, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

En 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).

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían

ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación del fondo demandado. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

> *"Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.*
> *(…)*
> *De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
> *En el sub lite, 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. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*
> *Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*
> *(…)*
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código*

Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.
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 inexequible 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».(…)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas."

Considera entonces la Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación del demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCION S.A., tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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, 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada por PROTECCIÓN S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido **CARLOS ARTURO SALAMANCA ALONSO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

PROTECCION S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PROTECCION S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de la recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502820190080801

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 08 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA HELENA PRIETO VANEGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

CLAUDIA HELENA PRIETO VANEGAS, 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 la ineficacia y/o nulidad del formulario de afiliación No 00664646 del 9 de enero de 1996 de la AFP PORVENIR S.A., solicitó se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se

condene a la AFP PORVENIR S.A., a devolver o trasladar las cotizaciones o aportes por pensión que fueron recibidas, con los rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES; que se condene a COLPENSIONES a recibirla en el RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado de conformidad con el regreso automático solicitado; que se condene a las costas procesales y agencias en derecho a la demandada; se condene por todo concepto que el Juzgador evidencie al momento de proferir sentencia, conforme las facultades ultra y extra patita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 23 de noviembre de 1962, que para la fecha de interpuesta la demanda contaba con 52 años de edad; que se afilió al RPMPD en junio de 1988, que en el año 1996, los asesores comerciales de la AFP PORVENIR S.A., se le acercaron y le ofrecieron el traslado al RAIS, señalándole que era más favorable, teniendo en cuenta que iba a tener una mejor mesada pensional que la que obtendría si se quedara en el RPMPD, que no le realizaron un estudió de su caso en todas las etapas del proceso, ni le informaron las condiciones para el disfrute pensional, omitieron darle la información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional; es así como el 09 de enero de 1996, cambió su afiliación y firmó con PORVENIR S.A., indicó que es la AFP quien tiene que demostrar que si cumplió con el deber legal y jurisprudencial de brindar toda la información necesaria respecto de las consecuencias del traslado, expresó que el 23 de noviembre de 2019, cumplió con los requisitos de edad y semanas cotizadas para adquirir el derecho pensional. Señaló que la modalidad de retiro programado le permite retirar sus mesadas de manera mensual, sin embargo, al final de cada año sus saldos serán objeto de reliquidación o recalculo con el saldo disponible, razón por la cual las mesadas tendrán disminuciones anualmente, asunto que no sucede con las mesadas de COLPENSIONES, que no solo no se verán afectadas por disminuciones anuales, sino que por ley se incrementan anualmente; manifestó que el RAIS no es lo que le prometieron que iba a ser en relación con la que recibiría si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional.

Por otra parte, indicó que radicó petición ante COLPENSIONES el 27 de agosto de 2019, con radicado No. 2019_11528272, solicitando la nulidad del traslado; que COLPENSIONES el 28 de agosto de la misma anualidad, mediante oficio BZ201911668243-2534265, le contesto que no era posible acceder a la solicitud incoada.

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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 85 a 127).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica y buena fe. (fls. 259 a 269).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 08 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS de fecha 08 de octubre de 1996, por intermedio PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD, administrado hoy por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y costas a cargo de las demandadas, como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia. Argumentó que PORVENIR S.A., cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en la norma vigente en ese momento, los cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda, alegó que esa información rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad, inicialmente por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia; adujo que si bien existía una obligación para las administradoras del sistema general de pensiones de entregar información

a quienes pretendían afiliarse ellas, era una información necesaria, veraz y suficiente y no existía el deber del buen consejo para desestimar la afiliación, ni la doble asesoría, tampoco la obligación de entregar por escrito los beneficios de cada uno de los regímenes pensionales, ni realizar proyecciones pensionales, por lo que señaló que no hay ninguna razón para considerar que la demandante no contaba con la capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación con PORVENIR S.A., y por el contrario, dijo que la actora, gozo del entendimiento suficiente para comprender las implicaciones del acto jurídico. Manifestó que en el interrogatorio de parte la demandante fue ilustrativa frente a la información que le fue otorgada por el asesor de PORVENIR S.A., declarando que la intención de su traslado era poder acceder a excedentes de libre disponibilidad. Indicó que las condiciones académicas, culturales y sociales de la demandante, le daban la suficiente capacidad e idoneidad para entender las consecuencias del traslado de régimen pensional y que esta también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico del traslado y sus consecuencias. Además, indicó que la actora conto con varias oportunidades para trasladarse de régimen y no lo hizo.

Frente a la condena de gastos de administración, primas del seguro previsional, seguros de invalidez y sobrevivencia, consideró que no resulta viable que como parte de las prestaciones mutuas que correspondan se ordene a PORVENIR S.A., la devolución de los gastos destinados a la administración y de las sumas de pagos realizados por las primas del seguro previsional, que por ley se encuentra obligada a contratar, ya que tienen un mandato legal y una destinación específica, con el que PORVENIR S.A., cumplió y dichas sumas ya fueron invertidas y no se encuentran en poder del fondo privado, porque fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaba la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Reiteró, que no corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas que la persona a la cual se ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas destinadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien, por lo que arguyó que es claro que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se agotaron, por ser destinadas al cumplimiento de manejar los fondos y las cuentas individuales y por ente no están en poder de la administradora, así como las sumas de pagos realizados por primas de seguros. Finalmente, expresó que en caso que el Tribunal Superior de Bogotá, considere necesario confirmar la sentencia de primera instancia, rogó revocar lo relacionado con las condenas de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia o seguros previsionales, en razón a que dichas sumas tuvieron una destinación específica y en este momento no se encuentran en poder de PORVENIR S.A.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES,** presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia, manifestó que la demandante con el paso

del tiempo no realizo actos que sugirieran o no su intención o inconformidad de pertenecer a la AFP, indicó que a la fecha se tiene densidad considerable de años, que no denota que las alegadas falencias de engaño y falta de información sean contrarias al fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto ineficaz, con ocasión al artículo 898 del Código de Comercio y sentencia SL 413 de 2018, SL 3752 del 2020, SL 1061 de 2021.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por COLPENSIONES, reitera que le traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin que esta hubiera demostrado ningún vicio en el consentimiento, no configurándose los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad habiendo firmado el formulario de apelación, no es procedente porque afectara la sostenibilidad financiera. Por su parte, PORVENIR S.A., solicitó la revocatoria total del fallo porque la demandante realizo el traslado de manera libre y voluntaria habiendo cumplido este fondo con el cumplimiento de riesgos contratados.

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; iv) v) si procede la condena en costas y agencias en derecho impuesta a las demandadas.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 27 de agosto de 2019 y su respuesta el 28 de agosto de 2019, donde le fue negado el traslado al RPMPD (fls. 14 a 13).

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 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.

11001310502820130062601, 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, 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 23 de noviembre de 1962 (fl. 22); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre junio de 1988 y el septiembre 1996, 369 semanas (fl. 14 20); iii) que el 09 enero de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 08 de octubre de

1996, (fl. 66) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1.114 semanas (fl. 67 a 116).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para el año 1996, cuando trabajaba para el Hospital Pablo VI Bosa, PORVENIR S.A. hizo una reunión conjunta a varios funcionarios donde les informaron que el ISS, se iba a acabar, que podían tener una cuenta individual con PORVENIR S.A. y que cuando tuvieran la edad y las semanas de cotización podría retirar el total del aporte realizado, indicó que la reunión fue de aproximadamente de 20 a 30 minutos y que posteriormente un asesor le entrego el formulario para firmar el traslado. Señaló que para el año 1996, se encontraba cotizando para la Caja Distrital, en razón a que era funcionaria pública, Caja que posteriormente desapareció y por lo tanto paso a lo que es hoy COLPENSIONES, explicó que la información de que el ISS iba a desaparecer era relevante, ya que, el jefe de Talento Humano, le había dicho que la Caja Distrital iba a desaparecer y que iba a pasar al ISS, Expresó que recibía los extractos de su cuenta individual mensualmente, pero que desde hace aproximadamente 2 o 3 años ya no se los envían mensualmente, sino esporádicamente; expuso que no se acercó nunca a las oficinas de PORVENIR S.A., para ampliar la información entregada en el año 1996, que su inconformidad de la afiliación con PORVENIR S.A., nació en el año 2018, cuando sus compañeros de trabajo empezaron a decir que no iban a recibir la misma pensión con PORVENIR S.A., que en COLPENSIONES, por lo que busco asesoría jurídica, donde le realizaron la modulación de la pensión en cada régimen, indico que no conoce cuanto es el monto de los recursos que reposan en su cuenta individual de ahorro, manifestó estar interesada en retirar todos los recursos aportados a PORVENIR S.A., porque es mejor que la pensión que le ofrece la misma entidad, señaló que con la modulación que le realizó la abogada, la pensión que recibiría con COLPENSIONES, es en promedio de $3.000.000 de pesos.

Igualmente, absolvió interrogatorio de parte la apoderada de PORVENIR S.A., quien informó que nunca ha hablado con el asesor comercial que realizo el traslado a la demandante, teniendo en cuenta que este fue efectuado en el año 1996, que la única información que reposa en el fondo privado es la documental, relacionada con el formulario de afiliación suscrito por la actora en enero de 1996, época en la cual las administradoras de los fondos de pensiones no se encontraban obligadas a dejar alguna constancia de asesoría, toda vez que esta se realizaba de manera verbal.

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 CLAUDIA HELENA PRIETO VANEGAS , 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 emisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCION S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la PORVENIR S.A., el 09 de enero de 1996, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

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

Finalmente, 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 fincan su inconformidad PORVENIR S.A., 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.

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

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del

proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CLAUDIA HELENA PRIETO VANEGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAVIRIA
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502920200030l-01

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte actora y de la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA INES VEGENAS MEDINA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

MARIA INES VEGENAS MEDINA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., para que se declare que

es nula la vinculación y traslado del RPMPD al RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A., toda vez que dicho fondo no le proporcionó una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen, sus posibles consecuencias futuras y no lo asesoró en debida forma para que tomara la decisión más adecuada a sus intereses pensionales, durante todo el tiempo que estuvo vinculada al RAIS; que se declare que en virtud del regreso automático al RPMPD, PROTECCION S.A., devuelva a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensiónales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1.746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado hasta cuando se entregue efectivamente, que se condene PROTECCION S.A., al pago de las costas del proceso y se condene todo lo ultra y Extra petita que se pruebe en el curso del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 6 de abril de 1964 y al momento de interpuesta la presente demanda contaba con 56 años de edad, que el 18 de agosto de 1989, se afilió al ISS hasta el 28 de febrero de 1997, fecha en la que se afilió a PROTECCIÓN S.A., donde se encuentra actualmente vinculada, que a la fecha del traslado de régimen pensional, tenía más de 357 semanas de servicios cotizados al ISS, que cotizó desde 18 de agosto de 1989 al 28 de febrero de 1997, en el ISS, teniendo como empleadores, durante ese lapso a: Corferias, Esmeralda Tours de Colombia, Educamos Viajando y IBV Geotextil Ltda.; expresó que un asesor de PROTECCIÓN S.A., le ofreció el traslado al RAIS, el cual nunca le explicó ni le hizo un estudio claro con cálculos correspondientes sobre la conveniencia de trasladarse de régimen, que nunca recibió información sobre el cálculo de su pensión en el RAIS en comparación con RPMPD, que diligenció el formulario de solicitud de afiliación y traslado al RAIS, sin información alguna de la trascendencia de la decisión tomada, que en dicho formulario no le advirtieron que no era conveniente el traslado al fondo privado porque llevaba más de 357 semanas de cotización al ISS, que ha cotizado para el RAIS más de 915 semanas hasta la fecha de interpuesta la presente demanda, que la AFP PROTECCIÓN S.A., es actualmente quien recibe los aportes a pensión. Expresó que la AFP, en cada una de sus obligaciones la engaño, porque le suministró una información errada que la llevó a tomar una decisión que afectaría el resto de su vida, que nunca recibió información alguna por parte del fondo demandado, sobre la posibilidad de trasladarse antes de que le faltaren 10 años para pensionarse como lo señaló la ley 797 de 2003. Señaló que le realizaron un estudio pensional comparativo de la pensión en ambos regímenes, el cual demuestra la diferencia entre la pensión en el RPMPD y el RAIS y el perjuicio causado por el fondo al ofrecerle el traslado, corroborando la mala fe con que actuó.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION S.A. 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 de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (flis. 2 a 11).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (flis. 2 a 33).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCÓN 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, traslado de aportes a PORVENIR S.A., reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica. (flis. 2 a 24).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de diciembre de 2021, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del régimen pensional, ante PROTECCIÓN S.A., el 13 de octubre de 1999 con fecha de efectividad 01 de diciembre de 1999, y en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a PROTECCIÓN S.A., a devolver a la COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia; y se condenó a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral y sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la actora y la demandada COLPENSIONES., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

APODERADO DE LA ACTORA, manifestó interponer recurso de apelación únicamente frente a la no condena en costas y agencias en derecho, argumentó que como lo contempla el Consejo Superior de la Judicatura y la ley, las costas deben ser señaladas y establecidas en contra de los vencidos en juicio, ya que, las pretensiones de la demanda fueron declaradas por el despacho, por lo que solicitó la condena en costas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación parcial a la sentencia de Primera Instancia, solicitando adicionar al numeral segundo, disponer los gastos de administración a favor de COLPENSIONES, de conformidad con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SL 3464 de 2019, en la cual señaló las consecuencias prácticas de la ineficacia, aduciendo: "*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."* De acuerdo a lo anterior, solicitó a los Honorables Magistrados acoger la línea jurisprudencial de la CSJ.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por, COLPENSIONES, solicito estudiar en su integridad el fallo proferido en primera instancia y en caso de ser contrario a derecho absolver a mi representada de toda condena, esto lo argumenta en razón a que no se evidencia material probatorio suficiente y no existió el vicio del consentimiento porque el traslado se dio de manera voluntaria y libre.

Por último, PORVENIR S.A. solicite se revoque el A Quo, ya que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, se subraya, no le exigían una información en los términos que reclamados en la demanda y argumentados en el fallo apelado, en la medida que solo fueron impuestos de forma tan rigurosa con mucha posterioridad en observancia a la falta de diligencia empleada por los mismos afiliados

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCION 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, iv) si procede la condena en costas en contra de las demandadas.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 07 de septiembre de 2020 y su respuesta el 08 de septiembre de la misma anualidad. (fls 344 – 346 archivo 001).

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 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, 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 06 de abril de 1964 (fl. 343 Archivo 001); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 18 de agosto de 1989 y el 28 de febrero de 1997, 366,14 semanas (Archivo 008 expediente administrativo); iii) que el 10 de octubre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCION S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de diciembre de 1999, (fl. 80 Archivo 018), posteriormente, se trasladó a PORVENIR S.A., el 25 de marzo de 2002, con fecha de efectividad desde el 01 de mayo de 2002, (fl. 80 Archivo 018), por último, se trasladó a ING hoy PROTECCION S.A. el 12 de mayo de 2005 administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP. (fl. 27 Archivo 14).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien señaló que para el 13 de octubre de 1999, se encontraba trabajando con la empresa Flores Aurora, si mal no lo recordaba, empresa la cual realizó su afiliación a PROTECCIÓN S.A. e indicó que no recordaba haber recibido asesoría alguna por parte de algún agente comercial de los fondos. Informó que no recuerda nada de la afiliación con PORVENIR S.A., en el año 2002, ya que, todos los traslados que hizo de fondos, los realizó en su momento la empresa para la cual se encontraba trabajando, indicó que si firmo los formularios fue porque las empresas los diligenciaron y ella únicamente los firmó, que las empresas no le dieron ninguna explicación de los fondos, que nunca cuestionó a las empresas sobre las afiliaciones, porque simplemente era un documento requisito para firmar el contrato de vinculación; expresó que nunca se acercó a PORVENIR S.A., a buscar asesoría sobre su pensión, igualmente explicó que para el año 2002, cuando se trasladó a PORVENIR S.A., no conocía los requisitos para pensionarse con el ISS.

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 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 MARIA INES VENEGAS MEDINA, 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 PROTECION 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 PROTECCION S.A., el 10 de octubre de 1999, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de diciembre de 1999, 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 CONSUELO BEJARANO GÓMEZ.

De otra parte, en cuanto a la solicitud elevada por COLPENSIONES, que se ordene a PROTECCIÓN S.A. de los gastos de administración a su favor, 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 inexequible 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 PROTECCIÓN S.A., también devolver a COLPENSIONES, los valores descontados al demandante, durante el tiempo que estuvo afiliado a esa Administradora, por concepto de gastos de administración. 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, 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 la parte actora encuentran soporte legal en dicha norma, así las cosas, le asiste la razón a la parte demandante, por lo tanto, se ordenara revocar el numeral cuarto del fallo de primera instancia.

Sin COSTAS en la Instancia.

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 diciembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de, también condenar a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas la señora **MARIA INES VEGENAS MEDINA, 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: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia apelada proferida el 10 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar condenar en costas a las demandadas y a

favor de la demandante, para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de1 SMLMV.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin COSTAS en la Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502920200046601

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 11 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA NIEVES AVILA AVILA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

MARIA NIEVES AVILA AVILA, 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 PORVENIR S.A., incumplió su obligación de suministrar información veraz, completa y coherente, al momento de la suscripción del formulario de afiliación, mediante el cual se trasladó de Régimen Pensional, que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó el 01 de junio de 2000, del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A., por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado, para convencerla de trasladarse de régimen pensional y se declare la procedencia

del traslado del RAIS al RPMPD. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó se condene a COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular el traslado de régimen efectuado el 01 de junio de 2000, se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, frutos e intereses, sin que sean descontados rubros por concepto de gastos de administración o aseguramiento, que se condene a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad, el traslado y que una vez reciba los aportes de parte de la AFP PORVENIR S.A., proceda a corregir y actualizar la historia laboral, que se condene lo extra y ultra petita que se pruebe a lo largo del proceso y se condene en costas y gastos del proceso a las demandadas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 13 de octubre de 1961, que comenzó a cotizar al RPMPD, el 01 de diciembre de 1994, por intermedio de diversos empleadores, por lo que para el día 01 de abril de 1994, fecha en la que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliada al I.S.S., hoy COLPENSIONES, que el 01 de junio de 2000, se trasladó del ISS al RAIS, mediante afiliación efectuada a PORVENIR S.A., señaló que el asesor comercial del fondo privado, para convencerla del cambio de régimen le indicó que el ISS lo iba a liquidar y la única opción era cambiarse a un fondo privado, el cual era la mejor opción para quienes aspiraban a pensionarse, que le informaron que se podía pensionar antes de la edad mínima legalmente exigida, que podía solicitar el dinero en cualquier momento, que el dinero depositado en su cuenta individual se iba a multiplicar, porque se depositaba en fondos de inversión a largo plazo que generan dividendos altos. Igualmente expresó, que para la fecha del traslado no le fue realizada una proyección de la mesada pensional a futuro, ni le indicaron las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen, que PORVENIR S.A. nunca le brindó una información real y concreta, teniendo en cuenta su caso particular, sobre las desventajas que tendría al momento de trasladarse de régimen. Por tanto, en la actualidad se podría ver perjudicada, ya que, su mesada pensional en dicho fondo sería considerablemente inferior a la que recibiría si estuviera afiliada a COLPENSIONES.

Expuso que elevó reclamación administrativa el 20 de noviembre de 2020, ante COLPENSIONES, solicitando el traslado al RPMPD, solicitud que le fue negada el mismo día.

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 propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los

requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (fls. 3 a 14).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de falta de competencia, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 2 a 23).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación de demandante, realizada ante HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 01 de junio de 2000 y en consecuencia declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia; ordenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR 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,** presentó recurso de apelación parcial frente a la sentencia de primera instancia, para que se adicione el numeral segundo e incluyan los gastos de administración a favor de COLPENSIONES, de conformidad con las consecuencias prácticas de la ineficacia y refirió la sentencia SL 3464 DE 2019, que reza: "*Por esto mismo, 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 estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.".* Por lo que solicitó a los

Honorables Magistrados de la Sala Laboral, adicionar el numeral segundo e incluir los gastos de administración a favor de COLPENSIONES, conforme a la línea jurisprudencial.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, peticiono su absolución afirmando que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento. Tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente, es decir, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad 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 de los dos regímenes.

Entre tanto, la parte actora, pretende que se confirme la sentencia proferida en primera instancia, en razón a que no quedó verificado que se hubiera brindado por parte del fondo la información clara y precisa al menos sobre las características generales de cada uno de los regímenes pensionales y que el traslado se presentó debido a que fue una intervención arbitraria de su empleador, en atención al interrogatorio de parte formulado por las accionadas a la accionante, donde de manera espontánea se observó una total ausencia de información pertinente y relacionada con las consecuencias del cambio 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 la demandada COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si 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.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 20 de noviembre de 2020 y su respuesta el mismo día.

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 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. 11001310502820130062601, 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, 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 13 de octubre de 1961 (Archivo 010 Expediente administrativo); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de mayo de 1989 y el 31 de julio de 2000, 538 semanas (Archivo 010 Expediente administrativo); iii) que el 1 de junio de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Horizonte hoy Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 1° de agosto de 2000, (fl. 51 del archivo 008) administradora en la que actualmente se

encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1.031 semanas (fl. 24 -43 del archivo 008).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para junio del año 2000, se trasladó a HORIZONTE, época para la cual se estaba vinculada al Hospital san Rafael de Girardot, que dicha entidad la oriento en que debía estar cotizando a HORIZONTE, indicó que la asesora de dicho fondo fue quien diligenció el formulario de afiliación, que ella únicamente brindó las respuestas a lo que la asesora le preguntaba y procedió a firmar el formulario, que en ese momento no se cuestionó si existían más fondos y que esa fue la única opción que le dieron, que por desconocimiento no pudo dimensionar las consecuencias del traslado, que si la hubieren asesorado en ambos regímenes quizás hubiera tomado una mejor decisión. Expresó que no recibió asesoría por parte de HORIZONTE, porque fue el hospital el que se encargó de todos los trámites, que el asesor no le informó de las características del fondo privado, ni los requisitos para obtener la pensión en el fondo privado, afirmó que la razón por la que se trasladó a HORIZONTE, fue porque el hospital le indicó que debía cumplir con ese requisito para poderse vincular laboralmente; explicó que inicio a cotizar en el ISS, en el año 1988, posteriormente se vinculó al Hospital San Juan de Dios, el cual tenía su propia caja de reserva pensional y una vez esta fue liquidada, los recursos pasaron al ISS, atestiguó que al momento de realizar el traslado a HORIZONTE, no entendió que se estaba trasladando al régimen privado, porque no se le hablo con la suficiente claridad. Comentó que lo que conoce del fondo privado, es lo que le llega por correo electrónico, como el portafolio de servicios y convenios que hacen con otras entidades, expresó que no conoce a que edad y con qué condiciones se puede pensionar con PORVENIR S.A., señaló que en el año 1995, solicitó el traslado al ISS, pero no recibió ninguna respuesta, por lo que en el año 2009, volvió a solicitar el traslado, el cual le fue negado, que solicitó el traslado por que en el RPMPD, tiene mejores beneficios y por recomendación de amigos y conocidos, refiriéndose a que puede obtener una mejor liquidación pensional, indicó que conoce que en PORVENIR S.A., le reconocerían una pensión de un salario mínimo y en el RPMPD, considera que puede obtener una mejor pensión, por lo que el motivo del traslado es el valor que le podría reconocer uno u otro régimen. Por último, informo que no ha obtenido el reconocimiento de la pensión de vejez.

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 MARIA NIEVES AVILA AVILA, 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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el 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 1° de junio de 2000, la cual tuvo fecha de efectividad el 1° de agosto de 2000, es nula.

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 MARIA NIEVES AVILA AVILA.

De otra parte, en cuanto a la solicitud elevada por COLPENSIONES, que se ordene a Porvenir S.A. de los gastos de administración a su favor, 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 inexequible 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 PORVENIR S.A., también devolver a COLPENSIONES, los valores descontados al demandante, durante el tiempo que estuvo afiliado a esa Administradora, por concepto de gastos de administración. 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, 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 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.

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 11 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de, también condenar a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas la señora **MARIA NIEVES AVILA AVILA, 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 GAVIRIA
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503020190085 5-01

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 01 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SILVIA INES RIVEROS COLORADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

.

ANTECEDENTES

SILVIA INES RIVEROS COLORADO, 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 PROTECCION S.A., para que se declare ineficaz el traslado realizado el 04 de octubre de 1.996 por medio del cual efectuó su afiliación al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., que como consecuencia de lo anterior, se declare que continua válidamente afilada al RPMPD hoy COLPENSIONES, que se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, los valores consignados a la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al Régimen General de Pensiones, correspondientes al periodo transcurrido entre en diciembre de 1.996 a la fecha y/o hasta cuando se efectúe su traslado, que se ordene a COLPENSIONES, recibir los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de PROTECCIÓN S.A., con sus rendimientos correspondientes y que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 04 de octubre de 1.962, que para la fecha que interpuso la demanda contaba con 56 años de edad y un total de 1.408 semanas de cotizadas al régimen general de pensiones. Indicó que en junio del 2.000 suscribió formulario de afiliación al fondo de pensiones SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el cual se hizo efectivo a partir de agosto del 2.000, donde realizo sus cotizaciones hasta la actualidad, con 773,43 semanas. Indicó que, según los presupuestos jurídicos anteriores, para el 01 de abril de 1.994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993, no demostró tener más de 35 años de edad, ni más de 15 años de cotizaciones o de servicio, por lo cual no se encuentra dentro del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 ibidem. Manifestó que para el mes de diciembre de 1.996 se hizo efectivo traslado que suscribió mediante el formulario de afiliación con fecha de 04 de octubre de 1.996 al RAIS con COLFONDOS S.A. argumento que el ISS, en el momento de aceptar el traslado de régimen pensional, omitió brindarle la suficiente asesoría sobre las condiciones específicas de su situación pensional para evitar que pudiera llegar a perder los beneficios del RPMPD, especialmente sobre los efectos negativos en el cálculo de su valor pensional evitando así falsas expectativas y posteriores perjuicios, que COLFONDOS S.A., de ninguna manera le suministró una propuesta debidamente expuesta y explicada, a efectos de hacer la afiliación o el traslado de régimen pensional; afirmó que COLFONDOS S.A. en el momento del traslado no le suministró, la información integral sobre las implicaciones y los efectos o consecuencias del cambio del régimen pensional, que tampoco le informaron sobre las condiciones y las variables contenidas dentro del RAIS, que evidenciaran que en realidad fue su deseo

aceptar dichas condiciones. Expuso que a partir del mes de septiembre del año 2.000, fue afiliada a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., la cual tampoco le brindó la información clara, veraz y completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, específicamente sobre el monto y cálculo de la mesada con las cuales se iría a pensionar, ni sobre las implicaciones y los efectos o consecuencias del RAIS. Señaló que el valor pensional, calculado con la Ley 797 de 2.003 dentro del RPMPD, es equivalente según proyección para los 57 años de edad, una suma de MILLOS QUINIENTOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS ($1.500.479) y que la pensión que le fue proyectada por parte de PROTECCIÓN S.A., para los 57 años de edad, es por el valor de un salario mínimo legal mensual vigente.

Por otra parte, señaló que el 21 de agosto de 2019, radicó derecho de petición ante COLFONDOS S.A. con el fin de rescindir el acto de afiliación realizado en octubre de 1.996 y en consecuencia solicitó se le trasladaran sus aportes y rendimientos pensionales con destino a COLPENSIONES. Que mediante Oficio No. 190821-000386 COLFONDOS S.A. le negó la anterior solicitud, explicándole que la afiliación a COLFONDOS S.A. no está vigente por lo tanto no es viable.

Que el 21 de agosto de 2019, radicó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A. con el fin de rescindir el acto de solicitud de afiliación realizada el 16 de junio del 2000 y en consecuencia solicitó se le trasladaran sus aportes y rendimientos pensionales con destino a COLPENSIONES y mediante oficio No. CAS-4893993-H4V8C9, PROTECCIÓN S.A le negó la anterior solicitud.

Igualmente radicó derecho de petición ante COLPENSIONES, el 21 de agosto de 2019, con el fin de que se diera trámite a su afiliación y se solicitara a PROTECCIÓN S.A. el traslado de sus aportes y rendimientos pensionales realizados en el RAIS, legalizando nuevamente su afiliación al RPMPD y que indicara las razones por las cuales omitió información, de los beneficios del RPMPD y que podría llegar a perder por trasladarse al RAIS. La cual no brindo respuesta alguna configurando el silencio administrativo.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION S.A. 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, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada y genérica. (fls. 1 a 11).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCÓN 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica. (fls. 1 a 18).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., no manifiesta teoría del caso y se allana a las pretensiones. Concluyo que una vez revisada la documentación que reposa en COLFONDOS para la fecha de afiliación de la parte actora, las asesorías se realizaban de manera verbal, por lo que no se cuenta con soportes físicos de la asesoría o de una proyección de cálculo actuarial efectuado a la parte demandante, que pueda demostrar que se le asesoró brindándole la información matemática que le permitiera establecer un comparativo de mesada entre ambos regímenes., manifestó que dicha información no reposa en la compañía porque para la fecha en que la parte demandante se afilió a COLFONDOS S.A, no existía la obligatoriedad de conservar documentos diferentes al formulario de afiliación, que dieran fe de la asesoría explicita que se brindaba. La obligación para las Administradoras de Fondos de Pensiones de conservar documentación diferente al formulario de afiliación, que esta nace con la expedición de la Ley 1748 de 2014, y la afiliación de la parte actora se suscribió muchos años atrás de la expedición de esta norma, que por tal razón y atendiendo el deseo de la parte actora de pertenecer al Régimen de Prima Media, solicita al despacho, se dé aplicación al inciso tercer del artículo 98 del CGP, así como que en caso de que considere se debe decretar la nulidad/ineficacia de la afiliación, se abstenga de condenar en costas y agencias en derecho. (fl. 60).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de diciembre de 2021, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante, del RPMPD administrado por el extinto ISS al RAIS

administrado por la COLFONDOS S.A a partir del 1° de diciembre de 1996; Declaró válidamente vinculada a la demandante al RPMPD administrado por COLPENSIONES; Condenó a PROTECCION S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora desde el 1° de agosto de 2000 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; Condenó a COLFONDOS S.A a devolver a COLPENSIONES, los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora desde el 1° de diciembre de 1996 a 31 de julio de 2000, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; Ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPMPD; Declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas; condenó en costas de esta instancia a PROTECCION S.A. incluyendo como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE ($3.488.000) a favor de la demandante; Sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES ni de COLFONDOS S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso de apelación parcial a la sentencia de Primera Instancia, en lo que corresponde al traslado a COLPENSIONES de los descuentos realizados por gastos administración y valores del seguro previsional que fueron descontados en su momento de la cuenta de ahorro individual de la demandante, argumentó que son descuentos que se encuentran autorizados por la ley, contenido en el articulo 20 d la Ley 100 de 1993, alega que son disposiciones legales, validas, aplicables y vigentes, que son aplicaciones encausadas a terceros de buena fe, que estos dineros fueron utilizados para que dicha cuenta de ahorro tuviera unos rendimientos significativos tal como se puede observar con un promedio del 180% respecto a los dineros aportados por la accionante en la cuenta de ahorro individual, es por eso que considera el apoderado de PROTECCION S.A. que no es posible devolver un porcentaje por gastos de administración

a una entidad que por más de 21 años no administro esa cuenta de ahorro individual, que no desconoce las consecuencias de la ineficacia, tales como retrotraer las cosas a su estado inicial, aduce que la realidad táctica y jurídica es que PROTECCION S.A. ha administrado esa cuenta individual y estos son dineros que se hubieren cobrado en ambos regímenes, por lo tanto devolver los mismos causarían un detrimento patrimonial en contra del Fondo y un enriquecimiento sin causa a favor de la actora y el RPMPD; por lo que el cobro de los gastos de administración le generó a la demandante un beneficio económico a través de los altos rendimientos que se generaron por el sistema de capitalización del fondo privado y que no serían los mismos, si la actora hubiese continuado afiliada al RPMPD. Continuando con la apelación en cuanto la aplicación de las costas indica que PROTECCION S.A. no es la AFP que da lugar al traslado de régimen de la actora en el año de 1996, si no que fue la AFP COLFONDOS, entidad que se allano en este proceso, consideró entonces el apoderado que las costas procesales por valor de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE ($3.488.000) a favor de la demandante, son excesivas, que este tipo de jurisprudencia se encuentra decantada desde el año 2008 hasta la presente fecha y el desgaste procesal es mínimo, solicitó no condenar en costas a al AFP PROTECCION o se reduzcan las mismas considerando que la suma de la condena de primera instancia es de un monto excesivo.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia de Primera Instancia, frente a la condena de devolver los gastos de administración debidamente indexados, teniendo en cuenta que, no es dable que COLFONDOS S.A., devuelva unos dineros que ya fueron utilizados y acaecidos en favor de la demandante, teniendo en cuenta su naturaleza propia y que dichos emolumentos se encuentran autorizados mediante mandato legal, artículo 20 de la ley 100 de 1993, en ese sentido arguyó que la sentencia no puede ser ajena a las realidades fácticas que se generaron en el proceso, ya que el fondo cumplió con el deber de administrar la cuenta individual de ahorro de la actora y que gracias a esa optima inversión y administración, se generaron unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual incrementando los aportes, beneficiándose de dicha característica propia del RAIS y desconociendo el trabajo que hizo COLFONDOS S.A., porque trasladar recursos que ya fueron traslados a PROTECCIÓN S.A., para generar rendimientos adicionales. Indicó que los gastos de administración están destinados al pago de seguros previsionales por lo que no sería factible devolverlos porque nunca hicieron parte integral al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en el cual, la actora estuvo cubierta por los riegos de invalidez y sobrevivientes y que el hecho de que no se hubiese tenido que utilizar el seguro, que se está causando un enriquecimiento sin causa a las aseguradoras como quiera que no tendrían ningún fundamento jurídico ni legal para haber trasladado dichos dineros a

las aseguradoras. En cuanto a la indemnización de los gastos de administración solicitó que si los Honorables Magistrados consideran que se deben devolver, requirió que la devolución de dichos descuentos no se realice de manera indexada, en razón a que dicha actualización monetaria no se pretendió en la demanda, ni se planteó en la contestación, por lo que dicha indexación no fue materia de debate en el proceso, siendo que la obligación de trasladar únicamente entraña una función de hacer y no de dar o cancelar una suma de dinero, por lo que no es aplicable el reconocimiento oficioso de la misma. y que de llegar a condenarse se estaría vulnerando el derecho de la debida defensa, teniendo en cuenta, que solo se aplicó al final de la sentencia judicial en una facultad extra petita del señor juez, vulnerándole los derechos a COLFONDOS S.A., de haber hecho oposición mediante la contestación del proceso.

La DMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES., presentó recurso de apelación frente a la totalidad de sentencia de Primera Instancia y solicitó se absuelva a COLPENSIONES de cada uno de los numerales, argumentando que en proceso se pudo comprobar todos los traslados horizontales que realizó la parte actora en los distintos fondos del RAIS, también alega que en el interrogatorio de parte la demandante no retorno al COLPENSIONES por desconocimiento de la norma y este no es motivo para pretender a acceder a las pretensiones de la demanda, que la sentencia trae un perjuicio irremediable en el sentido de que COLPENSIONES por más de 26 años no administro los aportes dela actora, aduce que esto afecta el fondo común de COLPENSIONES al momento de reconocer una posible pensión, que COLPENSIONES no tiene ninguna responsabilidad con lo que corresponde al deber de la información consignada en la Ley 100 de 1993, ya que fue una actuación realizada por los fondos y son ellos los llamados a cumplir con dicha disposición, también dice que la parte actora tuvo muchas oportunidades para regresar al RPMPD y no lo hizo, igualmente considero que si en segunda instancia se confirma la sentencia de primera instancia, solicito que se mantenga la absolutoria de la condena den costas al COLPENSIONES .

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el plazo concedido, COLPENSIONES solicitó que se anulara la decisión por no existir prueba en el caso que demostrara el error de aceptación, ilustrada como deber de información. Por otra parte, la actora insistió en que se confirmara el fallo en primera instancia, ya que durante la estipulación se había incumplido la obligación de orientar sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, para concluir que hay consentimiento, pero no información.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si 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; iv) así como la condena en costas de primera instancia.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 21 de agosto de 2019 y su respuesta el 21 de agosto de la misma anualidad. (expediente administrativo).

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 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, 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 04 de octubre de 1962 (fl. 23 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 01 de septiembre de 19851y el 30 de noviembre de 1996, 474,29 semanas (fl. 22 a 33); iii) que el 04 de octubre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLNFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde el 12 de diciembre de 1996, (fl. 73 Archivo

04), posteriormente, se trasladó a PROTECCION S.A., el 31 de diciembre de 2012, con fecha de efectividad desde el 31 de diciembre de 2012, (73 Archivo 04) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1.408 semanas (fl. 27 a 56 Archivo 06); solicitudes de la actora y respuestas brindadas por las distintas entidades (fl. 12 a 18).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para el año 1996, cuando se encontraba trabajando para laboratorios Genfar S.A., llego un asesor de una AFP los visito y en una reunión que les realizó a los empleados les informó que el ISS iba a desaparecer, por lo que él les traía una mejor propuesta y de ahí les hizo una reunión individual donde le indicó que su pensión seria por un poco más de tres millones de pesos ($3.000.000), dato que le pareció bien y por lo mismo procedió a firmar el formulario de afiliación, el cual manifestó que ella no diligencio, que el asesor nunca le mostró que iba a tener una cuenta de ahorra individual ni sus característica y que al momento de afiliación no hubo claridad, lo único que recibió fue la información de que el ISS iba desaparecer y por temor de perder sus aportes fue inducida a firmar el traslado, afirmo que se sintió coaccionada a firmar un formulario en blanco y que no recuerda a ver suministrado sus datos al asesor, indicó que no se acercó al ISS a confirmar la información entregada por el asesor donde afirmaba que este desaparecería; expreso que para el momento del traslado al RAIS no tenía conocimiento de los requisitos para pensionarse RPMPD, expuso que para el año 2000 cambio de trabajo y las personas de talento humana la afiliaron a la AFP Santander ING, que no informaron ni beneficios o consecuencias de trasladarse ellos simplemente les pasaron los formularios al momento de hacer contrato y que ella firmo sin preguntar, que no hubo ningún asesor de la AFP Santander ING que le brindara alguna información, señalo que radico ante COLPENSIONES solicitud para regresar al RPMPD, pero no recuerda la fecha de dicha solicitud y que la misma fue negada, expreso que quiere regresar al RPMPD, porque se acercó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a averiguar sobre su pensión y le informaron que de acuerdo a su edad y semanas cotizadas esta seria de un SMMLV, que conoció la diferencia entre pensionarse entre un régimen y otro, que la diferencia en el RPMPD seria de SMMLV más que en RAIS, lo cual le causo una gran decepción, por lo que busco asesoría legal, aclaró que si tenía conocimiento de los extractos que el Fondo le hacia llegar por medio de su correo electrónico y que tenía conocimiento de los dineros allí depositados, así como los frutos y rendimientos, también manifestó que en los últimos 10 años a tenido incrementos en el salario. Así mismo aseguró que no fue informada sobre el derecho a retractarse de la afiliación en AFP durante los siguientes cinco días de la misma, ni tampoco que podía retornar antes de los 47 años a COLPENSIONES, aseguró no tener ninguna proyección pensional, finalmente indico que no esta pensionada ni ha realizado

ninguna solicitud de pensión de vejez ante la AFP en la que actualmente se encuentra afiliada.

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 SILVIA INES RIVEROS COLORADO, 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 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 el actor a COLFONDOS S.A., el 04 de octubre de 1996, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de diciembre de 1996, 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 SILVIA INES RIVEROS COLORADO.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de

aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCION S.A y COLFONDOS, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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, 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.

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad la AFP PROTECCION S.A., 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **SILVIA INES**

RIVEROS COLORADO en contra de la **SILVIA INES RIVEROS COLORADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PROTECION S.A. y COLFONDOS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAVIRIA
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503420190054l-01

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ROSA INES JOYA GONZALEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de COLPENSIONES a la doctora Belcy Bautista Fonseca, con Cedula de ciudadanía No. 1.020.748.898 de Bogotá, abogado(a) en ejercicio portador(a) de la Tarjeta Profesional No. 205907 del C. S. de la J., en los términos y para los efectos de los poderes

ANTECEDENTES

ROSA INES JOYA GONZALEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS, teniendo en cuenta que la AFP PROTECCIÓN S.A., incumplió con su deber legal de información, al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las

características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; solicitó que se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, que se condene a PROTECCIÓN S.A., a que registre en su sistema de información que la afiliación de la demandante es nula e ineficaz y que traslade a COLPENSIONES, la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; que se condene a COLPENSIONES, a activar la afiliación a pensiones de la actora y recibir todos los recursos antes mencionados; se condene lo ultra y extra petita y condenar a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 21 de marzo de 1961, que inicio sus aportes en el RPMPD, el 02 de agosto de 1982 en el ISS hoy COLPENSIONES, que se afilio a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, el 15 de septiembre de 1997, cuando tenía 36 años, que a su lugar de trabajo llegó un asesor de DAVIVIR, quien le informó que el ISS, tenía serios problemas financieros, por lo que los aportes realizados a dicho instituto estaban en riesgo, que el asesor le informó que en el fondo privado recibiría una pensión mayor a la que le podría reconocer el ISS; que la AFP, no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, no le informaron las características y la probabilidad que tendría de pensionarse en cada régimen, no le realizaron una proyección pensional objetiva, que le permitiera tomar una decisión informada y consiente, el valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos a la que tendría derecho en caso de no poder acceder a la pensión de vejez, que no le informaron la posibilidad de regresar al RPMPD, antes de cumplir los 47 años de edad, que PROTECCIÓN S.A., no adelanto ninguna gestión para brindarle una reasesoria pensional, a fin de revisar según sus condiciones cual régimen le resultaría más conveniente, antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad mínima de pensión a pesar de contar con todos los datos de contacto de la demandante; señaló que radico solicitud de traslado ante COLPENSIONES, el 23 de abril de 2008, de la cual no recibió rechazo, por lo tanto, realizó aportes hasta septiembre de 2013 a este fondo; sin embargo, indicó que los aportes realizados al ISS entre septiembre de 1997 a septiembre de 2013, fueron trasladados a PROTECCIÓN S.A., que esta última le informó que su mesada pensional sería de $828.116, en la modalidad de garantía de pensión mínima, que el ingreso base de cotización de la demandante es de $2.723.218, de acuerdo con la liquidación realizada por la firma YABAR LIQUIDACIONES y la proyección pensional realizada por la misma firma, arroja que le habría correspondido una mesada pensional en COLPENSIONES, de aproximadamente a $2.144.728.

Finalmente, indicó que el 09 de abril de 2019, radicó ante PROTECCIÓN S.A., solicitud para que anulara la afiliación a dicho fondo, la cual fue

negada; que el 24 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES, la activación de su afiliación, por cuanto existió vicio en el consentimiento en la afiliación al RAIS, la cual le respondió explicándole en qué casos procede la solicitud de traslado.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguro social del orden público e innominada o genérica. (flis. 74 a 93).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCÓN S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso que se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS. (fl.111, CD).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre de 2021, el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, declaró la INEFICACIA del acto de traslado de la señora ROSA INES JOYA GONZALEZ, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., el día el 15 de septiembre de 1997 y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten; condenó a la Administradora de Fondos de pensiones y cesantías PROTECCION S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora ROSA INES JOYA GONZALEZ, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a

esos fondos en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; ordenó a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual PROTECCIÓN S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por ROSA INES JOYA GONZALEZ y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia; ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de ROSA INES JOYA GONZALEZ al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial; absolvió en lo demás; declaró NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por PROTECCION S.A. Y COLPENSIONES; concedió el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso 3, del artículo 69 del Código de procedimiento del trabajo y la Seguridad Social; costas de la instancia como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de Primera Instancia, argumentando que el literal b, del artículo 60, de la ley 100 de 1993, establece que en el RAIS, una parte del ahorro ira destinada al pago de primas de seguros, a financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir los gastos de administración, por lo que devolver dichos recursos a COLPENSIONES, constituye una sobre remuneración injustificada, porque las gestiones de administración generaron unos rendimientos financieros que no van a ser reconocidos por nadie y más ante la afiliación que se declaró no haber existido, sin embargo, tales consecuencias si existieron y deben ser reconocidas; expresó que dichos recursos se encuentran autorizados por vía legal, que dichos dineros entraron al patrimonio de PROTECCIÓN S.A. y fueron destinadas a cubrir las previsiones con ocasión a la ley y no por capricho de PROTECCIÓN S.A., que en caso de que se ordene el pago de los recursos antes mencionados a COLPENSIONES, los cuales ya fueron pagados a las aseguradoras, tendría PROTECCIÓN S.A., que asumirlos con cargo a su propio patrimonio, lo cual

constituiría un enriquecimiento sin justa causa, en favor de la demandante y una vulneración al derecho a la igualdad que le asiste a PROTECCIÓN S.A.; alegó, que igualmente se perturbaría la estabilidad financiera y económica del sistema general de pensiones. Alegó, que la condena en costas es improcedente, porque PROTECCIÓN S.A., no cuenta con sustento normativo o legal, que autoricé realizar un traslado de régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho, por lo que son los afiliados quienes deben acudir a la jurisdicción para que esta se evalué exhaustivamente las condiciones que rodearon el traslado. Finalmente, indica que para PROTECCIÓN S.A., no le es posible devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, ni los demás rendimientos.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación frente a la sentencia de primera Instancia, argumentando que al momento de solicitar el retorno al RPMPD, la demandante se encontraba inmersa en la prohibición descrita en el artículo 2, de la ley 797 de 2003; además, alegó que no se probó que en el presente proceso se estuviera frente a un vicio del consentimiento y respecto al deber de información indicó que si bien la AFP, debió informar de manera suficiente a la actora, esto no exonera a la demandante del deber de estar suficientemente ilustrada de la escogencia de su régimen pensional, el cual dependía sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la pensión por vejez, como tampoco la sustraía la aplicación de la ley, para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviese menguada, frente a la definición de un acto de mayor importancia, en la medida que su elección dependía de las condiciones de cubrimiento amparadas por el sistema de la seguridad social y en particular el de vejez lo que no convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos; solicitó, que se tenga en cuenta que al momento de efectuares el traslado por parte de la demandante, esta era completamente capaz y mayor de edad para suscribir el contrato. Expreso, que en caso de que la Sala decida confirmar la sentencia de primera instancia, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y los demás a que hay lugar, debidamente indexados por el periodo que permaneció la afiliada al fondo privado, como quiera que COLPENSIONES, no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP, reintegre los recurso y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos y, por último, requirió que no se condene en costas a COLPENSIONES, porque esta no participó del acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero que se le causa un daño injustísimo por un contrato realizados por dos partes ajenas a COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de ley, la parte actora peticiono se confirme el fallo en primera instancia en cuanto a que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una adecuada información y asesoría a la demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional. Además que el formulario de afiliación por sí solo no puede considerarse como prueba suficiente frente a al elemento del consentimiento informado, necesario para la validez jurídica de los actos de traslado y afiliación.

COLPENSIONES, por su parte requiere su absolución y que se revoque la sentencia en el sentido de que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal que es no haberse traslado de régimen dentro de los diez años anteriores a que se cause su derecho de pensión, la carga de la prueba versaba sobre la demandante y no acredito que existiría algun vicio de consentimiento.

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

CONSIDERACIONES

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral de la demandante en COLPENSIONES (CD. fl. 113); historia laboral de la demandante en PROTECION S.A. (fls. 34 a 37); las distintas respuestas dadas por PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, a las peticiones de la actora (fls. 38 a 48); formulario solicitud de vinculación a DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS., diligenciado el 15 de enero de 1997 (fl. 28); formulario solicitud de vinculación al ISS., diligenciado el 23 de abril de 2008 (fl. 29).

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: la demandante nació el 21 de marzo de 1961 (fl. 04); que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 02 de agosto de 1982 y el 01 de septiembre de 1997, 662,86 semanas, (fl. 30); que en octubre del 1997 se traslado a DAVIVIR PRNSIONES Y SESANTIAS (fl. 28); resumen historia laboral de PROTECION S.A. de octubre de 1997 a diciembre de 2018 (fls. 30 a 33); administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1.075, 71 semanas (fl. 33 a 37); historia laboral de la demandante en COLPENSIONES (CD. fl. 113); formulario diligenciado con el fin realizar vinculación al RPM con el ISS el 23 de abril de 2008 (CD. fl. 29).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la, quien informó que, para el año 1997, un asesor de DAVIVIR, se acercó a la oficina de la Cooperativa, de la entidad para la que trabajaba, con el fin de darles a conocer el fondo privado, quien les indicó que el ISS, se iba a acabar, por lo que iban a perder las semanas cotizadas, motivo por el cual realizó el diligenciamiento del formulario de vinculación con el fondo privado, indicó que el motivo principal para trasladarse fue por la presunta liquidación del ISS y, PROTECCIÓN S.A., les garantizaba las semanas cotizadas, que no le informaron que se podía retractar de la decisión del traslado. Que en el 2008, solicito a COLPENSIONES el traslado de régimen y esta no le notificó que había sido rechazado, por lo que, siempre asumió que se encontraba afiliada al RPMPD; que el asesor de PROTECCIÓN S.A., no le realizó comparación entre ambos regímenes, no le indicaron de la edad que necesitaba para pensionarse, que no le explicaron los requisitos para pensionarse en COLPENSIONES, que no se acercó al ISS, a preguntar sobre qué pasaría con su pensión, en atención a la supuesta desfinanciación de dicho instituto, que apenas en los últimos 3 años empezó a recibir los extractos de PROTECCIÓN, que aun realiza aportes para la pensión y que la razón que la motiva para trasladarse a COLPENSIONES, es porque se siente engañada, ya que, no recibió la información necesaria al momento de la afiliación a DAVIVIR.

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 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 instauró ROSA INES JOYA GONZALEZ, 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 CESANTIAS Y PENSIONES

COLMENA hoy PROTECCION S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA S.A. hoy PROTECCION S.A., el 15 de enero de 1997, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

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.

De esta manera, 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 ROSA INES JOYA GONZALEZ.

Ahora, en relación con la orden impuesta a la AFP PROTECCION S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a la demandada, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *"si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver* ***los gastos de***

administración *y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones" (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019)."* (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que fincan su inconformidad a 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; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por el Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *"solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas"*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, las apoderadas recurrentes deberán manifestar las inconformidades que tengan al respecto.

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

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

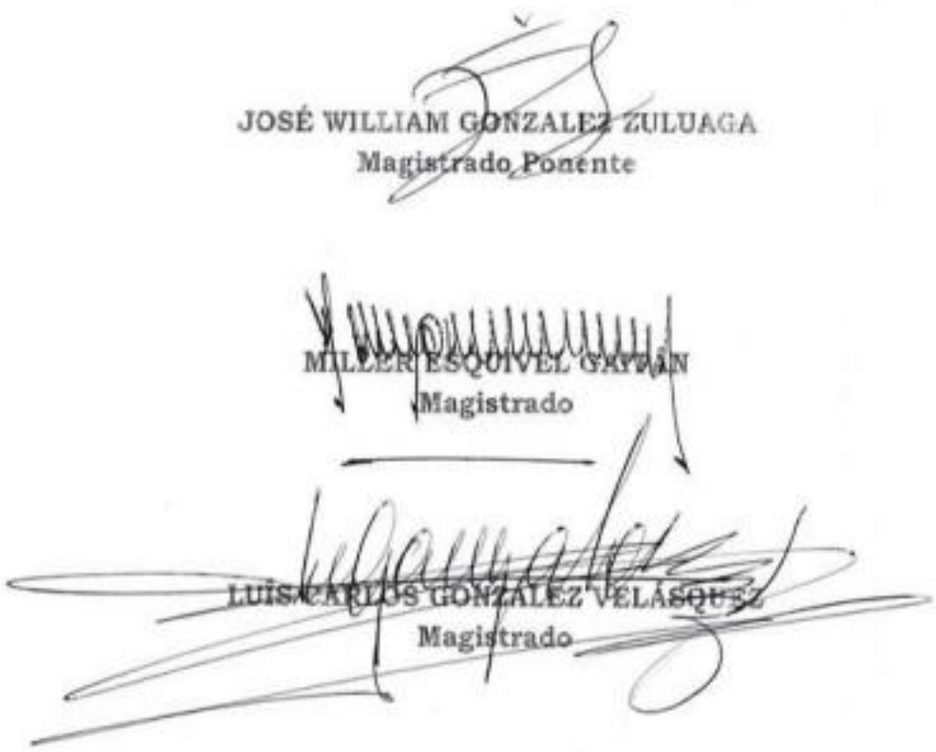
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido **ROSA INES JOYA GONZALEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503620160065 3-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre 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 – reliquidación de la pensión de vejez.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 11 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A.;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de COLPENSIONES al doctor Hernán Felipe Jiménez Salgado identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.899.841 de Bogotá, y T.P. No. 211.401 del H.C.S de la J., en los términos y para los efectos de los poderes.

.

ANTECEDENTES

MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A., para que se declare la ineficacia del traslado al RAIS, argumentando que la demandada PROTECCION S.A., no le proporcionó información completa y comprensible acerca del traslado,

omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de vincularse a PROTECCION S.A., incumpliendo su deber del buen consejo; que como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado, se ordene que la demandante debe estar afiliada al RPMPD; que se condene a PROTECCIÓN S.A, el traslado de los aportes cotizados en el RAIS al RPMPD administrado por COLPENSIONES y mantener a la afiliada sin solución de continuidad desde el 16 de mayo de 1983 y que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se afilió al Instituto del Seguro Social el 16 de mayo de 1983; que aportó al RAIS un total del 1.575,84 semanas; que el 01 de noviembre de 1999, se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A., que el asesor de dicho fondo no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, no le elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor de su bono pensional, que el asesor de PROTECCIÓN S.A., le informó que el ISS, se iba a acabar, por lo tanto, no se iba a poder pensionar, le informo que en el fondo privado se podía pensionar a cualquier edad, sin explicarle la afectación que ellos tendría sobre su mesada pensional y su bono pensional, no le explicó que podía devolverse al RPMPD, hasta antes de cumplir los 45 años de edad, no le indicó que al cambiarse de régimen perdería los beneficios del régimen de transición, que el asesor le brindó información sesgada y parcializada con el fin de concretar el traslado y así él recibir la comisión correspondiente, que por la información brindada por el asesor, suscribió el formulario de vinculación a la AFP PROTECCIÓN S.A.; que mediante resolución No. GNR 293985 del 22 de agosto de 2014, COLPENSIONES, le negó la pensión de vejez y a través de las resoluciones No. GNR 411727 de 2014, GNR 66260 y GNR 171302 del 2015, COLPENSIONES, continuó negándole la pensión, argumentando que no tenía derecho al régimen de transición, que mediante resolución No. GNR 135755 del 06 de mayo de 2016, COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez; que el 11 de octubre de 2016, radicó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A., solicitando la invalidación de la afiliación, que en respuesta el 14 de octubre de 2016, PROTECCIÓN S.A., le informa que los aportes fueron trasladados a COLPENSIONES y que la afiliación se presume valida; indicó que con la afiliación a PROTECCIÓN S.A., perdió los beneficios del régimen de transición, dada la omisión de información y de buen consejo por parte del asesor de este último fondo; ya que, de haberle brindado una asesoría correcta que le hubiera permitido decidir que era más favorable permanecer en COLPENSIONES, su pensión de vejez seria reconocida aplicando el 90% a su IBL.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y SKANDIA S.A., dieron contestación en término, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados

con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas, PROTECCION S.A. y SKANDIA S.A., no se opusieron ni se allanaron a las pretensiones y COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión pretendida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar e innominada o genérica. (flis. 64 a 73).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. y genérica. (fls. 95 a 101).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A.**, propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de la causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y genérica. (fls. 127 a 136).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de noviembre de 2021, el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, declaró la INEFICACIA del acto de traslado de MARÍA DEL CARMEN AGUDELO GARAY, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el día 15 de septiembre de 1999 y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten; condenó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SKANDIA S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegó a ese fondo en los periodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, aclarando que la orden judicial señalada debe entenderse respecto de aquellas sumas que no hayan sido entregadas por SKANDIA S.A. a COLPENSIONES, en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá D.C.; ordenó a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual SKANDIA S.A., que proceda a trasladar a

COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS; declaró que la señora MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY, tiene derecho a que COLPENSIONES le reliquide la pensión de vejez, conforme lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990; condenó a COLPENSIONES a reliquidar la mesada pensional de la demandante MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY, teniendo en cuenta como nuevo valor de mesada la suma de cinco millones ochocientos sesenta y cinco mil ochocientos treinta y un pesos ($5.865.831), a partir del 12 de febrero de 2016; condenó a COLPENSIONES a pagar a la demandante MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY la suma de ciento dieciséis millones ochocientos treinta y tres mil seis pesos ($116.833.006), por concepto de diferencias pensionales causadas entre el 12 de febrero de 2016 al 31 de octubre de 2021, suma que deberá indexarse al momento de su pago efectivo. No obstante lo anterior, se autoriza a COLPENSIONES para que del retroactivo pensional efectúe los descuentos legales para el sistema general de seguridad social en salud; declaró NO PROBADAS las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES y condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.**, interpuso recurso de apelación, solicitando que el superior tenga en cuenta que de acuerdo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el 3% de la cotización en ambos regímenes pensionales, se destinan a cubrir los gastos o comisión de administración y el pago de la prima para los seguros de invalidez y sobrevivientes, así como otras obligaciones entre las cuales están, administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado, garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones y garantizar que en caso de cumplir con los requisitos de pensión de sobrevivencia e invalidez, se pueda financiar dicha prestación al afiliado y sus beneficiarios. Indicó que SKANDIA S.A., obro de buena fe, tanto así, que devolvió de manera oportuna todos los valores que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la afiliada a COLPENSIONES, de acuerdo al fallo de tutela, que administraron de buena manera la cuenta de ahorro individual; trae a colación la sentencia No. 25307 de la CSJ del 05 de agosto de 2014, por lo que argumenta que ordenar devolver los porcentajes de comisión de administración es generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de

COLPENSIONES, quien no podrá cumplir en forma retroactiva con dicha obligación, que sería únicamente a partir de la ejecutoria de la sentencia que podría asumir con dicha disposición legal. Alega que con las documentales adjuntas, quedó demostrado que SKANDIA S.A., cumplió con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la Superintendencia Financiera, por lo que, argumenta que no es procedente reintegrar la comisión de administración, cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante, SKANDIA S.A., cumplió con cada una de ellas y sus actuaciones estuvieron dentro del marco de la buena fe. Finalmente, expresa que, frente a la prima de invalidez y sobrevivencia, tampoco es procedente que SKANDIA S.A., deba asumirlas, ya que, el aseguramiento de invalidez y sobrevivientes, es permanente y la afiliada gozó de la cobertura durante todo el tiempo de vinculación al fondo, por lo que, dicho porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y, por lo tanto, ya no se encuentran en las arcas de la AFP.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicita que se revoque la sentencia, argumentando que el a quo, al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que, COLPENSIONES, es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante y las AFP, en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez, en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, COLPENSIONES, no debe ser favorecida ni perjudicada con la misma, ya que, COLPENSIONES, nada tuvo que ver con la decisión de la actora de afiliarse en el RAIS, por lo que solicita a la Sala, se estudie de manera juiciosa que la AFP, falto en su deber legal de información, acarreando graves consecuencias para COLPENSIONES, por lo que solicita se condene a la AFP, que incumplió con dicho deber de información, para que pague a COLPENSIONES, los perjuicios económicos que ello genera, en atención a la teoría del derecho civil, que quien causa el daño es quien debe repararlo. Alega, que frente a la condena, de que se le reconozca la pensión de vejez a la demandante de acuerdo al decreto 758, indica que debe recordarse que COLPENSIONES, a través de resolución le reconoció la prestación de acuerdo a su historia laboral aplicando en ese momento las disposiciones de que trata la ley 797 de 2003, por lo que argumenta que no sería aplicable una taza de reemplazo del 90 %, porque la reconocida en la resolución que reconoce la prestación está conforme a derecho, por lo que no habría lugar a reliquidar nuevos valores. En relación a las costas procesales, solicitó que se revoquen, puesto que COLPENSIONES, actuó de buena fe y conforme a lo ajustado en la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES busca la absolución. Debido a que el traslado fue libre y voluntario, no se observó falta de consentimiento y la actora recibió toda la información necesaria del asesor, tal como se constató al completar el formulario de traslado. A falta de un sustento informativo efectivo en el ordenamiento jurídico vigente en el momento en que se llenó el formulario, tenía la obligación y la responsabilidad de buscar información, ademas de ello corresponde a la demandante la carga de la prueba, por último se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, sí resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo. Así como si procedente o no, el reconocimiento y pago a favor del demandante, la reliquidación de la pensión de vejez indexada al momento del pago efectivo.

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral de la demandante de COLPENSIONES. (fls. 28 a 39); las distintas respuestas dadas por PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, a las peticiones de la actora (fls. 41 A 53); formulario solicitud de vinculación a PROTECCION S.A., diligenciado el 15 de septiembre de 1999 (fl. 103); traslado de los aportes de PROTECCION S.A. a COLPESIONES de fecha 20 noviembre de 2002 (fl . 102ª 104) expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 74 a 81). Fallo de tutela No 13-00183 proferido por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA el 11 de abril de 2013.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 12 de febrero de 1959 (fl. 22); ii) que el 15 de septiembre de 1999 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA (fl. 136); iii) que el 18 de julio de 2010, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. SKANDIA S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de septiembre de 2010, (fl. 137), iv) que por fallo de tutela No 13-00183 proferido por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA el 11 de abril de 2013. En cumplimiento del mismo se trasladó del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Madia con Prestación Definida (fl. 305- 310); v) Que se le reconoció el pago de Pensión de Vejes con la resolución No GNR 135744 del 06 de mayo e 2016 (fl. 48), expediente administrativo de COLPENSIONES (fl 28 – 48).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la apoderada de PROTECCIÓN S.A., quien manifestó que no existe soporte documental diferente al formulario de afiliación, al momento de realizarle la asesoría

brindada a la señora MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY, cuando se trasladó a la AFP COLMENA, tampoco soporte de proyección pensional alguna, realizada a la demandante en cualquier momento, por parte de COLMENA o PROTECCIÓN S.A.

Rindió declaración la testigo ESTHER RAMOS ROJAS, quien indicó que, es amiga de la señora MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY, desde hace 20 a 25 años aproximadamente, que se conocieron cuando trabajaban juntas y recibieron asesoría de las AFP COLMENA Y PORVENIR S.A., quienes brindaban asesorías mensuales en la empresa, las cuales duraba entre 15 a 20 minutos, donde les informaban que era importante trasladarse a un fondo privado porque el Instituto del seguro Social, se iba a acabar e iban a perder lo que tenían para la pensión, que podían pensionarse más rápido antes de cumplir la edad, que ella también se trasladó a un fondo privado e inició un proceso igual para trasladarse a COLPENSIONES, donde la señora MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY, fue su testigo. Por otra parte, informó que la firma del formulario era individual, que pasaban por el escritorio de cada empleado, y lo diligenciaba el representante de cada fondo, que en las asesorías no les dieron a conocer las desventajas del cambio de régimen, no les hicieron proyecciones pensionales, ni copia de folletos, reglamentos o planes de pensiones, indicó que la señora MARIA DEL CARMEN, no fue coaccionada para suscribir el formulario, que fue a finales del año 1999, que recibieron las charlas de los fondos y debido a esas charlas fue que la señora MARIA DEL CARMEN, se trasladó al fondo privado.

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 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 MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY, 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 CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCION S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA S.A. hoy PROTECCION S.A., el 15 de septiembre de 1999, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

A hora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, esto es, retrotraerse los afectos de ésta, es decir, que las cosas regresen a su estado anterior, lo que implica considerar que el demandante sigue vinculado a Colpensiones sin solución de continuidad, con los efectos jurídicos y económicos que ello comporte; por lo que sería del caso, ordenar que la AFP COLFONDOS., traslade a Colpensiones los aportes para pensión que le fueron consignados, junto con los rendimientos financieros generados, los bonos pensionales, si no fuese porque, los mencionados conceptos fueron girados a COLPENSIONES, en el momento en que se realizó el retorno al régimen de prima media el día 11 de abril de 2013.

Debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que la señora MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY se trasladó al RAIS el 15 de septiembre de 1999, posteriormente a COLFONDOS el 20 de noviembre de 2002 y que retorno al RPM el 11 de abril de 2013, como que le fue reconocida pensión de vejez por parte de Colpensiones, a partir del 12 de febrero de 2016, bajo los parámetros consagrados en la Ley 797 de 2003, según da cuenta la Resolución No. GNR 135744 del 6 de mayo de 2016, obrante a folio 46 a 47 del plenario, con lo que no queda duda que se encuentra en una situación jurídica consolidada, al ostentar la calidad de pensionada.

En esa línea, inicialmente podría decirse, que ello daría lugar a que se acogiera el criterio jurisprudencial de nuestro máximo órgano, expuesto en sentencia SL 373-2021; empero, ha de traerse a colación, lo que la misma

Corporación para el caso en particular (pensionado en RAIS), ha precisado, en sentencia SL2159-2022, así:

> "Pues bien, aterrizando lo dicho al presente caso se colige que la actora posee actualmente una situación jurídica consolidada, al ostentar la calidad de pensionada, lo cual, en principio, daría lugar a la observancia del criterio jurisprudencial de esta Corporación, visible en sentencia SL373-2021, **según el cual no luciría posible la declaratoria de la ineficacia del traslado por existir un hecho consumado que no es razonable retrotraer, sin embargo, la prestación económica en comento no fue reconocida por el fondo pensional sobre el cual se discute la eficacia de la afiliación, sino por el cual se quiere *«validar la afiliación en pensión»***; circunstancia fáctica que, para el presente caso, desmonta y torna impropios los argumentos esbozados en la providencia *ibídem* para erigir la postura de esta Sala, que de ser procedente el reconocimiento del derecho pensional de la demandante bajo los apremios del régimen de transición, conforme lo solicitado en el líbelo demandatorio, **el mismo sería sufragado con los mismos recursos con los cuales ha venido siendo cancelada su mesada pensional**.

Así pues, se adentra la Sala en determinar si la demandante tiene derecho a la reliquidación de su derecho pensional."

De igual forma, tampoco puede decirse, que los traslados posteriores convaliden el inicial o que no se pueda analizar el mismo para el momento en que aconteció, pues, de igual, en sentencia de la CSJ SL5280-2021, se reitera la obligación de verificar tales circunstancias y si efectivamente el traslado de régimen del RPM a RAIS, es ineficaz o no, en aquellos, casos como el que nos ocupa, el afiliado ya ha retornado al RPM, el cual reza:

> *"Igualmente, desde el punto de vista jurídico, la consideración del Tribunal también resulta errónea pues, como se explicó en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, los traslados posteriores de un afiliado no pueden convalidar la actuación viciada en el traslado inicial, y como se ratificó en la sentencia CSJ SL1688-2019, las falencias en el suministro de información completa, veraz y efectiva sobre las consecuencias de un traslado, que pueden ocasionar su ineficacia, se deben examinar en el momento mismo del traslado y no con posterioridad.*
>
> *Finalmente, la consideración del Tribunal en este punto fue en extremo contradictoria, pues coligió que el traslado inicial al RAIS había quedado superado, o que había culminado en sus efectos jurídicos con el retorno posterior al RPM, pese a que en la misma decisión le dio todos sus efectos a esa medida para deducir que la demandante había perdido el régimen de transición.*

Es decir que, en torno a este primer tópico, la acusación es fundada.

Ahora bien, en segundo lugar, al desviar su mirada de la verdadera discusión planteada en el proceso, el Tribunal incumplió con su carga de analizar si el traslado de la demandante del RPM al RAIS, ocurrido en 1998, había estado rodeado de todas las garantías y procedimientos tendientes a que la afiliada hubiera adoptado su decisión en condiciones verdaderamente libres y voluntarias o a que contara con una libertad informada."

En este orden de ideas el derecho pensional deberá ser otorgado tal como lo señaló la juez de primera instancia y debe efectuarse la reliquidación de la pensión de vejez como fue ordenado en la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2021.

Así las cosas, se dispondrá el pago a favor del demandante del retroactivo pensional generado.

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

Así mismo, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la totalidad de los valores que a título de aportes fueron pagados y deben retornar del RAIS por parte de SKANDYA S.A, rendimientos financieros, gastos de administración,

comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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, 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 de la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Ahora bien, sobre la solicitud de COLPENSIONES, para que se ordene a la AFP demandada, cancelar a COLPENSIONES los perjuicios económicos causados, en atención a la teoría del Derecho Civil, "*quien causa el daño, debe repararlo"*, es preciso señalar que la entidad podrá hacer uso de los mecanismos legales y judiciales existentes, pues bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que crea se le causaron, no habiendo sido objeto de discusión en el trascurso de esta actuación, siendo contrario a los principios de congruencia y consonancia.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido

MARIA DEL CARMEN AGUDELO GARAY en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y SCANDYA S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503620190086 3-01

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 COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 11 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALIX MARIA RODRIGUEZ ROA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**

ANTECEDENTES

ALIX MARIA RODRIGUEZ ROA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., para que se declare la ineficacia del traslado

de régimen que realizó el 26 de mayo de 1998, del ISS, hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A., que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, de la demandante, se ordene a COLPENSIONES, realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen del ISS, hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A., se ordene a COLPENSIONES, recibirla en esa administradora sin solución de continuidad, que se condene en costas y gastos del proceso a las demandadas, las demás condenas extra y ultra petita que se prueben a lo largo del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 09 de abril de 1962, cumpliendo con la edad mínima requerida en el RPMPD, para acceder a la prestación de vejez, a la fecha de interpuesta la demanda, que se afilió al sistema general de pensiones con el ISS, hoy COLPENSIONES, en el mes de diciembre de 1988, cotizando al RPMPD, un total de 10 años, que el 26 de mayo de 1998, se trasladó del ISS al RAIS, mediante afiliación a COLFONDOS S.A., indicó que la decisión libre y voluntaria de cambiarse de régimen pensional, no estuvo precedida de ilustración alguna por parte del fondo que la recibió, trasgrediendo sus expectativas pensionales que sostenía en el RPMPD, circunstancia por la cual no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad, que dicho traslado es nulo en cumplimiento al pronunciamiento efectuado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en las Sentencias reconocidas con los radicados No(s) 33083 del 22 de noviembre de 2011 y 46292 del 3 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y la Sentencia del 9 de septiembre de 2008, reconocida con el radicado N° 31989 M.P. Eduardo López Villegas, decisión que fue ratificada en sentencia No. SL 14522019. Radicado 68852 del 3 de abril de 2019. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado, para convencerla que se trasladara de régimen pensional, evidenciándose el engaño en el que incurrió dicha administradora, que desde su afiliación al RAIS, hasta la fecha en que interpuso la demanda, cotizó ininterrumpidamente más de 1.000 semanas, que ha cotizado al sistema general de pensiones con los dos regímenes más de 1.150 semanas, expresó que COLFONDOS S.A., debió informarle sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, conforme lo establece en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual fue reglamentado por el decreto 3800 de 2003, situación que no ocurrió en el asunto bajo examen.

Finalmente, señaló que el 25 de enero de 2019, solicitó el traslado de régimen a COLPENSIONES, solicitud que le fue negada, que igualmente elevó derecho de petición ante COLFONDOS S.A., solicitando información general sobre su afiliación.

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 la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica. (fls. 1 a 30).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (fls. 1 a 12).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, del RPMPD al RAIS, realizado el 26 de mayo de 1998, a través de COLFONDOS S.A., ordenó a esta última a trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra; ordenó a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante; declaró no probada la excepción de prescripción; condenó en costas a COLFONDOS S.A., con la suma de $900.000 como agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de Primera Instancia y en consecuencia de absuelva a COLPENSIONES de todas las condenas, argumentando que COLPENSIONES, es un tercero de buena fe; alegó que no se acredito con suficiencia probatoria que la afiliación de la demandante con la AFP COLFONDOS S.A., para 1998, estuviera afectada de algún vicio

de nulidad o ineficacia y, por el contrario, la aceptación libre y voluntaria sin presión de trasladarse de régimen, fue consecuencia de la información que recibió por parte de los asesores, los cuales fueron recibidos en el lugar de trabajo, aduce que la suscripción del formulario de afiliación es la prueba fidedigna de que ese consentimiento fue voluntario, que la demandante no manifestó durante más de 10 años la negativa de haber suscrito el formulario de afiliación. Por otra parte, indicó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, expuso que el deber que tienen las administradoras de fondos de pensiones, se debe acreditar en todos los procesos, previo a efectuar el traslado sin ahondar en circunstancias especiales; que el deber de información ha evolucionado al paso del tiempo, sin embargo, indicó que el nuevo sistema general de pensiones establecido por la ley 100 de 1993, ya hablaba que la elección del régimen pensional debía ser el resultado de conocer en debida forma cada régimen pensional, la legislatura no se refirió en la obligación de hacer proyecciones, comparaciones, simulaciones, teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas de los potenciales afiliados, que la doble asesoría se hizo efectiva mediante la resolución 016 de 2016, de la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que antes de esa data no era imperativo para los fondos privados realizar ese tipo de proyecciones, en el evento que se hubiere comprobado que efectivamente la demandante no hubiere recibido por parte de COLFONDOS S.A., una asesoría adecuada respecto de las características del régimen, circunstancia que alega, quedo saneada con el paso del tiempo, pues indicó que la demandante estuvo en el RAIS, aproximadamente más de 15 años y que la actora antes de estar inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003, tuvo tiempo suficiente para preocuparse por su futuro pensional o por lo menos, para enterarse por iniciativa propia que COLPENSIONES, es la administradora del RPMPD, ya que, se liquidó el ISS, pero no el RPMPD, señaló que por el contrario, la demandante nunca se acercó a COLPENSIONES, ni al fondo privado a preguntar en tiempo sobre sus aportes y su futuro pensional, lo que le permitió concluir que la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS y su falta de cuidado con los aportes al sistema general en pensiones, constituyó una conducta omisiva que no debió endilgarse a nadie más que a la demandante. Por lo anterior, solicitó a la Honorable Sala, que si es pertinente se aplique la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema y, finalmente, solicitó que se de aplicación a la tesis planteada por la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias C-1024 de 2004, S-062 de 2010, sentencia 6789 de 2002, de la Corte Constitucional, donde se indicó que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados al esquema, dado que el periodo de permanencia obligatoria si contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema de preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de las mesadas y el reajuste periódico de las mismas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Representante de COLPENSIONES argumentó que la devolución de la actora a RPM violó el principio de viabilidad económica porque ya estaba sujeta a una no devolución legal, por lo que la decisión de primera instancia fue desestimada y apelada. Se tomó una década para acceder a los beneficios del fondo privado y poder alegar desconocimiento de la ley para recibirlos. Dado que la Demandante aceptó recibir una asesoría de la AFP y esto genera que si le dio su consentimiento informado desde su traslado inicial, que la asesoría brindada en su momento cumplía con los requisitos exigidos, utilizando un lenguaje claro y sencillo indicando características, ventajas y desventajas; Sin evidencia del vicio de consentimiento sobre sus derechos de pensión, la única razón de su insatisfacción es el monto del bono de pensión. Si la decisión de primera instancia no es revocada, solicitar a la AFP que ordene el reembolso de los gastos administrativos y tasas cobradas en perjuicio de sus propios intereses.

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 COLNFODOS 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.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 25 de enero de 2019 y su respuesta el mismo día. (folio 21 – 23 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 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, 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 9 de abril de 1962 (fl. 49 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 01 de enero de 1996 y el 30 de junio de 1998, 128,57 semanas (Fls 26 – 30 Archivo 02); iii) que el 26 de mayo de 1998, se trasladó al RAIS con el fondo COLFODOS S.A., (Archivo 012 Expediente administrativo)., administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por la AFP. (Archivo 012 Expediente administrativo).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para el año 1998, cuando se encontraba trabajando para la Secretaría de Salud de Bogotá, el gerente los reunió a todos y les informó

que era muy posible que el ISS se acabara, por lo que les solicitó que se pasaran a una entidad privada, la cual era COLFONDOS S.A., reunión que duró aproximadamente entre 25 a 30 minutos. Expresó que fue la única reunión que le hicieron, que no le informaron los pro y los contra del traslado, que todo fue muy rápido y como el gerente en ese momento les hizo esa solicitud, ingenuamente obedeció y firmó la afiliación sin leer el formulario, el cual le ayudaron a diligenciar los asesores de COLFONDOS S.A, testificó que nunca recibió información de un asesor de COLFONDOS S.A. y tampoco se acercó a dicha entidad a solicitar información, que no le explicaron acerca de la rentabilidad de los aportes, expresó que los asesores de dicho fondo privado, si le informaron que al trasladarse se podría pensionar antes y no tenía que cotizar más semanas, informó que para la fecha del traslado era trabajadora social, señaló que se acercó a COLFONDOS S.A., averiguar sobre su pensión y con la información que le brindaron le aclararon las dudas que tenía y se sintió engañada, por lo quiso retornara a COLPENSIONES, ya que, no tuvo la información precisa de los pro y los contra al momento del traslado y se sintió presionada por el gerente, por lo que manifestó que tiene el derecho de trasladarse.

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 ALIX MARIA RODRIGUEZ ROA, 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 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 26 de mayo de 1998, es nulo.

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 ALIX MARIA RODRIGUEZ ROA.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de COLFONDOS S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ALIX MARIA RODRIGUEZ ROA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000.oo., a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAVIRIA
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503720210004 3-01

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS HERNANDO CARDENAS NAVAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la sociedad PORVENIR S.A. a la doctora Paula Huertas Borda , en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

LUIS HERNANDO CARDENAS NAVAS, 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 la ineficacia del acto jurídico de afiliación al RAIS, ocurrido 01 de Octubre de 1999, con Porvenir S.A., ya que fue afiliado sin recibir información clara, cierta, compresible y oportuna; que Porvenir S.A., omitió el deber de información y actúo de mala fe, en el acto de afiliación al RAIS; ya que, no dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias de la afiliación a dicho régimen y no le permitió ejercer el derecho de retracto; que se declare que no suscribió el acta de consentimiento informado anexa al formulario de afiliación al RAIS, con la demandada Porvenir S.A., porque el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente ante la necesidad de suscripción de un consentimiento informado; se declare que en virtud del artículo 1604 del Código Civil, las sociedades demandadas no realizaron todas las actuaciones necesarias a fin de que conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional; que se conmine a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a la realización de una proyección de mesada pensional indexada a la fecha de la sentencia de primera instancia. Que teniendo en cuenta lo anterior, se condene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes cotizados durante las 1.011 semanas de cotización a COLPENSIONES, con todos los intereses, rendimientos, saldos de cuenta individual y sumas adicionales de aseguradoras sin posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por comisiones obtenidos a la fecha efectiva de traslado y se condene al pago de costas a cargo de la demandada Porvenir S.A.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 18 de noviembre de 1960, que a la fecha de instaurada la demanda contaba con 60 años de edad y 1.088 semanas de cotización en el RAIS, que cotizó 745 semanas al RPMPD, indicó que Porvenir S.A., lo afilió al RAIS, con el simple diligenciamiento de un formulario, el 01 de octubre de 1999, y solo hace la salvedad, de que trata de un acto meramente voluntario y no recibió de ninguna de las demandadas, la asesoría necesaria para conocer las implicaciones económicas de un futuro escenario pensional, aun cuando tuviera en su momento solo expectativas pensionales y estuviera muy lejos de cumplir requisitos para obtener una pensión de vejez; que PORVENIR S.A., no le realizó una proyección de un futuro pensional, ni un cálculo actuarial; expuso que para el 18 de noviembre de 2012, fecha límite para que hubiera trasladado sus aportes a COLPENSIONES, en estricta aplicación del artículo 2 de la ley 797 de 2003, PORVENIR S.A, no cumplió con su deber de informarle, alertarle, prevenirle y avisarle que se acercaba el plazo para hacerlo, guardó silencio y se limitó a enviarle los extractos semestrales de rendimientos de aportes durante los siguientes 12 años, sin realizar un escenario pensional, ni un cálculo actuarial, sin indicarle siquiera, cuáles eran sus expectativas pensionales en ese momento, sin informarle cuál sería su mesada pensional de continuar afiliado a ese régimen, sin informarle cuál era el capital mínimo que debería alcanzar para tener una pensión vitalicia, sin hacer siquiera una proyección de una mesada pensional al cumplir 57 años y 1150 semanas; que la omisión del deber de información por parte de PORVENIR S.A, en el acto de afiliación fue evidente. No suministró información, clara, cierta y comprensible; alegó que la falta de suscripción del “consentimiento informado” en el acto jurídico de afiliación, fue el hecho que caracterizó la afiliación y traslado con cada una de las demandas, hecho que conllevó a viciar el consentimiento, al inducirlo en error, toda vez que fue engañado por cada una de las demandadas, al suministrar información insuficiente e incompleta para

conocer las reales implicaciones de su futuro pensional; expresó que PORVENIR S.A, no le ofreció una pensión más favorable, de tal manera que le indicara que frente a sus expectativas pensionales, el RAIS, sería su mejor escenario.

Finalmente, expuso que el 28 de enero de 2021, solicitó el traslado de sus aportes a COLPENSIONES y le fue negado por no reunir el requisito del artículo 2 de la ley 797 de 2003, esto es, encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad requerida.

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 de el 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, innominada y genérica. (fls. 3 a 43).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales – ausencia de reclamación administrativa, falta de competencia, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de casa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 2 a 39).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó el demandante del RPMPD administrado en su momento por el ISS al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 26 de agosto de 1999. En consecuencia, declaró válida la afiliación del demandante al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, condenó a PORVENIR S.A., a transferir con destino COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros que se hubieren causado e igualmente los costos cobrados por administración; declaró no probadas las excepciones propuestas; costas a cargo de la demandada PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV y ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES,** presentó recurso de apelación frente a la sentencia de primera Instancia, argumentando que el traslado efectuado por el demándate nació a la vida jurídica a raíz de la decisión asumida por este de trasladarse al RAIS y con fundamento en el principio de libre escogencia establecido en el literal b, del artículo 13 de la ley 100 de 1193. Expreso que frente al deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, es preciso recordar que las demandadas no desconocen su existencia desde el año 1993, con la expedición de la ley 100 de 1993 y el decreto 663 de la misma anualidad, el cual se intensifico con la expedición de la ley 1328 de 2009, donde el deber de información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo, por lo que consideró que no es dable requerir las mismas formalidades en la asesoría previa del traslado desde el momento mismo de la creación del RAIS y darle el mismo alcance que el legislador y la jurisprudencia le han dado con el transcurso del tiempo, ya que, el traslado se dio para el año 1999. Por otra parte, informó que el demandante con el presente proceso, pretende beneficiarse de su falta de diligencia, porque también debía ser obligación de él, conocer las características del sistema de capitalización al cual se encontraba afiliado, así como la normativa que ciñe los parámetros del Sistema General de Pensiones, dada la relevancia del caso como es, su futuro pensional, señalando que tampoco puede excusarse en el desconocimiento de la ley. Expuso, que la razón del actor para regresar al RPMPD, es la inconformidad con su mesada pensional, razón que no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado y que otorgar la pensión por parte de COLPENSIONES, se convierte en un menoscabo patrimonial a la entidad; solicitó a los Honorables Magistrados, que en caso de confirmar la sentencia de primera instancia, se confirme la devolución de aportes con los respectivos rendimientos y gastos de administración.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó que se revoque en su integridad la sentencia de Primera Instancia, argumentando que cuando se habla de ineficacia es porque al momento de la celebración del acto jurídico, no está presente un requisito de la esencia sin el cual el mismo no nace o no produce efectos y el deber de información no genera ningún tipo de ineficacia, porque la ineficacia está consagrada y especificada de manera taxativa en la ley, refiriéndose al Código de Comercio, por lo que indicó que el legislador en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, debió haber establecido de manera expresa dicha situación para que operara los efectos de la ineficacia. Alegó, que lo que debió analizar el a quo, era si se cumplió con los supuestos del

artículo 271, es decir, si se presentaron conductas dolosas por parte de PORVENIR S.A., que impidieran el acceso o afiliación al régimen pensional por parte del actor, situación que no se acreditó en este caso, porque el formulario de afiliación dio cuenta que el demandante se afilió de manera libre y voluntaria. Señaló que el deber de información, si se encontró acreditado en el presente asunto, a través del formulario de afiliación y el interrogatorio de parte del demandante, que del formulario se extrae que el demandante recibió asesoría frente a cada uno de los regímenes de pensión, los requisitos de causación, bonos pensionales, régimen de transición y el derecho de retracto; que del interrogatorio de parte se puede extraer que el demandante conoce ciertos requisitos de causación de los regímenes pensionales, que conocía que los aportes realizados a la cuenta individual entraban a una masa sucesoral, aspectos que solicita sean analizados por parte del tribunal. Adujo que se debe tener en cuenta que se está hablando de contratos que tienen obligaciones como cualquier contrato bilateral, suponiendo que PORVENIR S.A., tiene que cumplir con ciertas obligaciones que se encuentran acreditadas, pero que en este caso, la parte actora también tiene unos deberes de diligencia, de informase, por lo que no es dable que el demandante no haya corroborado la información que se le suministró y más si se trataba de su futuro pensional. Por otra parte, expreso que el si el hecho generador del traslado del demandante al RAIS, era la inminente quiebra del ISS y que este fue asumido por COLPENSIONES, el demandante tuvo la oportunidad de trasladarse al RPMPD y no lo hizo cuando aún no se encontraba en la prohibición de los 10 años. Respecto a las condenas por concepto de gastos de administración indicó que con esta se desconoce la naturaleza jurídica de PORVENIR S.A., quien debe cobrar unos gastos de administración por la gestión que realizó con el cuidado y custodia de los dineros que aportó el actor por más de 20 años, por lo que condenar a PORVENIR S.A., a reconocer y entregar a COLPENSIONES dichos recursos, generaría un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES, al recibir dinero sin realizar gestiones, generando un desequilibrio financiero. Explicó que las sumas de gastos de administración tienen un mandato legal y una destinación específica, por lo que dichas sumas fueron invertidas de acuerdo a la ley y ya no se encuentran en poder de PORVENIR S.A., porque fueron destinados principalmente al manejo de inversiones tendientes a tener una rentabilidad, por lo que no corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, ambos fondos peticionaron la revocación del fallo alegando que el demandante nunca indago sobre las irregularidades de su traslado de régimen, solamente lo hizo cuando cumplió los requisitos para ser acreedor del derecho pensional por ende esta pretensión resulta

inverosímil, es decir, que si tuvo la asesoría y la información suficiente al realizar su traslado y lo realizo de manera libre y voluntaria.

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.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 28 de enero de 2021 y su respuesta el mismo día. (fls. 42 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 del actor.

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

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 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, 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 18 de noviembre de 1960 (fl. 36 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 19 de enero de 1976 y el 31 de mayo de 1996, 744,57 semanas (Expediente administrativo); iii) que el 26 de agosto de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de octubre de 1997, (fl. 41 Archivo 05) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1.850 semanas (fl. 50 a 69 Archivo 05).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que para el año 1999, fueron unos asesores de PORVENIR S.A., a la empresa donde trabajaba, quienes le realizaron una reunión en la cafetería a todos los empleados, donde les informaron que les convenía trasladarse a dicho fondo, porque el ISS, se iba a desaparecer, entonces se iban a quedar sin pensión y se podrían perder los aportes ya realizados; expresó que le dijeron que tenía de 730 a 740, semanas cotizadas y las mismas se le trasladaban a PORVENIR S.A., para completar las 1.150 semanas requeridas; que les informaron que en PORVENIR S.A., tenían más ventajas, entre ellas, que se podían pensionar con menos semanas cotizadas y al ser un fondo privado les iban a dar más intereses e iban a tener la pensión más segura; expresó que firmo el formulario de afiliación PORVENIR S.A., inducido, ya que, solo le brindaron información de los beneficios, pero no las consecuencias del traslado y porque le dijeron que el ISS, se iba a acabar; indicó que no leyó el formulario; expresó que para el momento de la asesoría lo único que entendió es que el ISS se iba a acabar y que con el fondo privado iba a tener la pensión más segura; expuso que no fue asesorado sobre los bonos pensionales, ni que los aportes se destinarían a una cuenta de ahorro individual; señaló que si le explicaron que los recursos generarían unos rendimientos financieros, que en caso de fallecer la pensión la podía heredar su esposa e hijos; explicó que no sabía

que el ISS se trasformó en COLPENSIONES, por tal motivo, no retornó; que si conocía los requisitos de COLPENSIONES, para pensionarse; informó que en el 2019, se acercó a PORVENIR S.A., para que le realizaran una simulación pensional y ahí fue cuando se dio cuenta que su pensión le iba a quedar sobre el mínimo, cuando el siempre cotizó por encima de este y ese es el motivo de querer retornar al RPMPD.

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 al señor LUIS HERNANDO CARDENAS NAVAS, 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 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 26 de agosto de 1999, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de octubre de 1997, es nulo.

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 LUIS HERNANDO CARDENAS NAVAS.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía

de pensión mínima, 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, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUIS HERNANDO CARDENAS NAVAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA**

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503920200012001

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

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 09 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CONSUELO BEJARANO GOMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES al doctor Jheisson Santiago Garzón Piamonte, con Cedula de ciudadanía No. 1.018.435.921 De Bogotá, abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional No. 277810 del C. S. de la J., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido

ANTECEDENTES

CONSUELO BEJARANO GOMEZ, 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 PROTECCION S.A., para que se declare que no fue asesorada e informada en debida forma por parte de las Administradoras de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. en el año 2001 y 2009, respectivamente, de las implicaciones y consecuencias jurídicas y económicas que generaba su traslado y afiliación al RAIS, que se declare que las AFP, la engañaron al haberla llevado a que tomara la decisión de desafiliarse del RPMPD, en el año 2001, prometiendo mejores beneficios económicos que los ofrecidos por el entonces ISS, hoy COLPENSIONES, motivo por el cual realizó el mencionado traslado, declarar que PROTECCIÓN S.A., al realizarle el cálculo de proyección de la mesada pensional, estableció unas condiciones diferentes que le vulneran los derechos adquiridos, que al proyectar una mesada pensional en un valor inferior al salario que actualmente devenga, le generaría una afectación económica de los derechos pensionales, que se declare que la vulneración y engaño, por parte de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., puede generarle la afectación en su vida digna y en su mínimo vital, al momento de pensionarse; que como consecuencia de todo lo anterior, se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación y del traslado realizado en el año 2001, a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. y que se declare que PROTECCIÓN S.A. debe proceder a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual con todos los valores e intereses que hubiese obtenido con motivo de la afiliación a este fondo. Que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad de la afiliación, se ordene PROTECCIÓN S.A., a trasladarla al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, que se ordene a COLPENSIONES la aceptación del traslado o regreso de la demandante, al RPMPD, que se ordene a PROTECCIÓN S.A., el traslado de la totalidad de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, que se ordene a COLPENSIONES, previo traslado efectivo de la totalidad de los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, a que incorpore y reciba todas las sumas anteriormente mencionadas y las compute como semanas cotizadas en su historial laboral, que se condene a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES al pago de las costas y gastos procesales en los que se incurran durante el trámite del proceso y se conceda lo extra y ultra petita de acuerdo a lo que resulte probado dentro del trámite del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el día 30 de marzo de 1966, que se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES,

desde el 11 de junio 1985, indicó que el 01 de abril de 2001, efectuó el cambio de régimen, trasladándose a COLFONDOS S.A., que dicho cambió lo efectuó, por las promesas y expectativas pensionales mayores en cuanto al monto, tiempo y forma, ofrecidas por parte COLFONDOS S.A., mediante las cuales le aseguraban beneficios económicos superiores en su pensión, que los que obtendría si continuaba afiliada al entonces ISS, que el 17 de noviembre de 2009, se afilió a PROTECCIÓN S.A., al cual se encuentra actualmente cotizando, expresó que al momento de la afiliación al RAIS, los fondos de pensiones COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., de manera engañosa y desinformada, la indujeron en error para que hiciera efectivo su traslado de régimen, que en el momento de la afiliación, no hubo por parte de las AFP un asesoramiento con información verdadera, eficaz y completa, en relación a la forma, tiempo y monto de la mesada pensional que recibiría al momento de querer pensionarse por el cumplimiento de los requisitos legales, que nunca la informaron cuál sería el capital necesario para que pudiera ser beneficiaria de la pensión de vejez, ni cuáles serían los requisitos que debía cumplir para obtener la garantía de la pensión mínima, si no reunía el capital necesario para ser beneficiaria de la pensión de vejez, que sin tener conocimiento de los beneficios o de los detrimentos que tendría al realizar el cambio de régimen pensional, se afilió y se trasladó al RAIS, confiada en las promesas realizadas por parte de los asesores, realizando los aportes a las AFP, de manera oportuna, completa e ininterrumpida. Expuso que le solicitó a PROTECCIÓN S.A., que le realizara un cálculo del valor de la mesada pensional que le correspondería al momento de pensionarse, la cual, le indicó que la mesada pensional con la que eventualmente se pensionaría, sería de un salario mínimo legal mensual vigente, situación que no había sido informada al momento de la afiliación y traslado, señaló que la anterior suma ni siquiera corresponde al 30% del salario que devenga actualmente, a pesar que el monto que tiene en la cuenta de ahorro individual supera los $100.000.000 de pesos moneda corriente, señaló que es notorio y flagrante el engaño, manipulación y mal asesoramiento que sufrió por parte de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., toda vez que la mesada pensional se desvía totalmente de lo que este fondo llamó en el momento de la afiliación “mejores beneficios económicos” que los engaños de los que fue víctima configuran un vicio en el consentimiento, pues le plantearon situaciones y condiciones futuras que supuestamente iban a ser más beneficiosas, pero que en realidad, desmejoraron sus condiciones económicas y la calidad de vida, toda vez que no tenía ni tiene conocimiento sobre temas pensionales, lo que conlleva a la nulidad del traslado, y por ende, solo es válida la afiliación al entonces ISS, hoy COLPENSIONES.

Finalmente, afirmó que mediante derecho de petición del 20 de noviembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES el traslado del régimen pensional, el cual fue negado el 21 de noviembre de la misma anualidad y que con la anterior contestación por parte de COLPENSIONES, surtió la reclamación administrativa.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION S.A. 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 errona e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada y genérica. (fls. 1 a 45).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, propuso las excepciones de buena fe, innominada o genérica, compensación y pago. (fls. 1 a 15).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCÓN 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica. (fls. 1 a 23).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de diciembre de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el traslado que hizo la actora del RPMPD al RAIS, con efectividad a partir del 01 de abril de 2001, a través COLFONDOS S.A., es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del RPMPD, situación que se aplica a todas las demás afiliaciones que se hicieron al interior del RAIS, declarándose la ineficacia de las mismas, esto es la

afiliación que se realizó de COLFONDOS S.A. a PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 01 de enero de 2010; condenó a PROTECCIÓN S.A., a que transfiera al RPMPD, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas, como se dijo en la parte motiva), desde la fecha de afiliación de la demandante, esto es, el 01 de enero de 2010 y hasta que se haga efectivo el traslado, y, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A., a transferir al RPMPD, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontró afilada el demandante, esto es, desde el 01 de abril de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2009, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES, a que reciba los dineros antes mencionados, y que reactive la afiliación de la demandante al RPMPD y sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; informó a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles en contra de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz; condenó a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de $1.890.000, de conformidad con la regla 6 del artículo 365 del Código General del Proceso y ordenó la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia de Primera Instancia, frente a la condena de devolver los gastos de administración debidamente indexados, teniendo en cuenta que, no es dable que COLFONDOS S.A., devuelva unos dineros que ya fueron utilizados y acaecidos en favor de la demandante, teniendo en cuenta su naturaleza propia y que dichos emolumentos se encuentran autorizados mediante mandato legal, artículo 20 de la ley 100 de 1993, en ese sentido arguyó que la sentencia no puede ser ajena a las realidades fácticas que se generaron en el proceso, ya que el fondo cumplió con el deber de administrar la cuenta individual de ahorro de la actora y que gracias a esa optima inversión y

administración, se generaron unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual incrementando los aportes, beneficiándose de dicha característica propia del RAIS y desconociendo el trabajo que hizo COLFONDOS S.A., por lo que el fallador debe aplicar principios constitucionales de equidad y justicia, porque trasladar recursos que ya fueron traslados a PROTECCIÓN S.A., no se le estaría reconociendo el trabajo que realizó COLFONDOS S.A., para generar rendimientos adicionales. Indicó que los gastos de administración están destinados al pago de seguros previsionales por lo que no sería factible devolverlos porque nunca hicieron parte integral al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, toda vez que nunca entraron y tampoco fueron administrados por COLFONDOS S.A., ya que está en cumplimiento de la norma, elevo un contrato con una aseguradora, en el cual, la actora estuvo cubierta por los riegos de invalidez y sobrevivientes y que el hecho de que no se hubiese tenido que utilizar el seguro, si se contaba con la póliza para cubrir dichas contingencias, por lo que dichos dinero nunca han reposado ni estarán en manos de COLFONDOS S.A. Expreso que al dar el aval de que no existió el contrato, que fue el formulario de vinculación, se está causando un enriquecimiento sin causa a las aseguradoras como quiera que no tendrían ningún fundamento jurídico ni legal para haber trasladado dichos dineros a las aseguradoras. En cuanto a la indemnización de los gastos de administración solicitó que si los Honorables Magistrados consideran que se deben devolver, requirió que la devolución de dichos descuentos no se realice de manera indexada, en razón a que dicha actualización monetaria no se pretendió en la demanda, ni se planteó en la contestación, por lo que dicha indexación no fue materia de debate en el proceso, siendo que la obligación de trasladar únicamente entraña una función de hacer y no de dar o cancelar una suma de dinero, por lo que no es aplicable el reconocimiento oficioso de la misma como quiera que nunca fue debatida y tampoco quedo fijada dentro del litigio y que de llegar a condenarse se estaría vulnerando el derecho de la debida defensa, teniendo en cuenta, que solo se aplicó al final de la sentencia judicial en una facultad extra petita de la señora juez, vulnerándole los derechos a COLFONDOS S.A., de haber hecho oposición mediante la contestación del proceso.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso de apelación parcial a la sentencia de Primera Instancia, en lo que corresponde al traslado a COLPENSIONES de los descuentos realizados por gastos administración y valores del seguro previsional que fueron descontados en su momento de la cuenta de ahorro individual de la demandante, argumentó que son descuentos que se encuentran autorizados por la ley, donde se faculta a los fondos privados, incluso al RPMPD, a realizar una deducción sobre el 16% que los afiliados aportan al sistema general de pensiones, porcentaje que se utiliza para cubrir los gastos de administración y pagar la prima del seguro previsional; manifestó que en cuanto a los gastos de administración, son dineros que se hubieren cobrado en ambos regímenes de haber continuado la actora en COLPENSIONES y que son dineros que no van destinados a cubrir el valor

de la mesada pensional, que PROTECCIÓN S.A., por el cobro de los gastos de administración le generó a la actora un beneficio económico a través de los altos rendimientos que se generaron por el sistema de capitalización del fondo privado y que no serían los mismos, si la actora hubiese continuado afiliada al RPMPD, por lo que argumenta que PROTECCIÓN S.A., tiene derecho a conservar dichos dineros como una restitución mutua a su favor, sin que exista razón alguna para tener que trasladárselos a COLPENSIONES. Frente al valor de los seguros indico que el dinero se giró a un tercero de buena fe que nada tuvo que ver entre el contrato suscrito entre la demandante y PROTECCIÓN S.A., que ese tercero es la aseguradora, quien si cumplió con la cobertura de los siniestros que podian ocurrir y que cubre el sistema general de pensiones, que si bien no se utilizaron durante la afiliación de la demandante, si existió la cobertura. Por otra parte, alego que si la figura de la ineficacia en su sentido estricto es que las cosas vuelva a su estado anterior, no es dable que se condene a PROTECCIÓN S.A., a devolver unos rendimientos que se generaron por un formulario que se declaró ineficaz, señalando que se debería realizar una ponderación de cual habría sido el rendimiento que le generaría el RPMPD a la demandante y se trasladaría única y exclusivamente ese valor con los aportes que la misma realizó al sistema general de pensiones, afirmó que en caso de condenarse a PROTECCIÓN S.A., esos gastos de administración y del seguro previsional, tendría que asumirlos el fondo con su propio patrimonio, configurándose no solo una condena de la ineficacia de la afiliación, sino que también una condena en perjuicios contra el patrimonio de PROTECCIÓN S.A., el cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta y que dentro del proceso no quedo demostrado, ni siquiera fue materia del litigio una eventual condena en perjuicios.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**, presentó recurso de apelación frente a la totalidad de sentencia de Primera Instancia y solicitó se absuelva a COLPENSIONES de cada uno de los numerales, argumentando que de acuerdo al artículo 167 del Código General del Proceso y diferentes sentencias del Tribunal Superior de Bogotá, le corresponde a la demandante demostrar los vicios del consentimiento alegados, no bastando la simple afirmación de la actora, advirtiendo que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en COLPENSIONES, en los casos en que se va a declarar la nulidad, quien la más afectada en lo ateniente al sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en el 2001, es decir, han transcurrido más de 20 años, configurándose imposible comprobar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma; alegó que es completamente aplicable en este proceso el principio que reza que nadie está obligado a lo imposible, por lo tanto, la actora al haber fundado su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de las AFP, le correspondía la carga de la prueba y adujo que la misma brillo por su ausencia y que de condenar en costas y agencias en derecho, se estaría presentando un detrimento patrimonial al fondo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

COLPENSIONES, presenta alegatos de conclusión para que se dé su absolución en el plazo señalado ya que la afiliación es libre y voluntaria, en la ejecución del traslado si existió consentimiento por parte de la demandante argumenta que los asesores han sido prudentes al brindar toda la información necesaria ademas que la carga de la prueba versa sobre el actor, también que se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley n.º 2003. 797 en el artículo 2(E).

PORVENIR S.A. por su parte pretende la anulación de la sentencia y de la presencia de cualquier carga coincidente con el traslado porque no hay una razón previsible para cobrar los costos de la administración y el traslado fue efectivo y eficaz, no se encontró afectado el consentimiento.

Finalmente dentro del plazo especificado, la parte actora solicitó confirmación del juicio porque la información brindada por el fondo no está clara, ademas de ello incumplió las obligaciones de orientar sobre las consecuencias de traslado de régimen, las ventajas y desventajas por ende no se logró tomar una decisión libre e informada sobre el traslado de régimen de pensional.

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.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 20 de noviembre de 2019 y su respuesta el 21 de noviembre de la misma anualidad. (expediente administrativo)

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 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, 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 30 de marzo de 1966 (fl. 23 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 11 de julio de 1985 y el 31 de marzo de 2001, 464,57 semanas (fl. 46 a 50 Archivo 01); iii)

que el 22 de febrero de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLNFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de abril de 2001, (fl. 90 Archivo 02), posteriormente, se trasladó a PROTECCION S.A., el 17 de noviembre de 2009, con fecha de efectividad desde el 01 de enero de 2010, (fl. 57 Archivo 06) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1438,71 semanas (fl. 27 a 56 Archivo 06).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la apoderada de COLFONDOS S.A., quien informó que, para noviembre de 2001, momento de la afiliación de la actora a COLFONDOS S.A., el asesor comercial le realizó la asesoría de forma verbal y que de acuerdo a las políticas de dicho fondo, le entrego toda la información a la demandante, dándole a conocer las características de ambos regímenes pensionales, que el soporte con el cual cuenta el fondo es el formulario de afiliación firmado por la actora, mediante el cual acepto las condiciones y dio el consentimiento de que recibió la información, expresó que COLFONDOS S.A., al momento de interpretar la norma, dilucidó que el único documento que soportaba la información dada, era el formulario de vinculación y no dejó ningún otro respaldo diferente a dicho documentos.

Igualmente, absolvió interrogatorio de parte la apoderada de PROTECCIÓN S.A., quien informó que para noviembre de 2019, momento de la afiliación de la actora a PROTECCIÓN S.A. y de acuerdo a las políticas de capacitación de dicho fondo a los asesores comerciales, estos le brindaron información a la actora del funcionamiento propio del RAIS, indicó que la información se entregó de forma verbal y que el documento que se tiene de la información que se le entrego a la demandantes es el formulario de afiliación; que las capacitaciones que se hacen por la compañía a los asesores comerciales, son sobre el sistema general de pensiones ley 100 de 1993 y la diferencia entre regímenes pensionales y de acuerdo a esto, es la información que deben entregar a los potenciales afiliados, que existe registro de dichas capacitaciones, que es de resaltar que la actora hizo un traslado horizontal y se le informó las consecuencias jurídicas de la afiliación, de acuerdo a las capacitaciones realizadas a los asesores comerciales.

Finalmente, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para el año 2009, llegaron unos asesores de PROTECCIÓN S.A. a la empresa para la que trabajaba y en una reunión que no duro más de 3 minutos, le informaron que en dicho fondo tendrían beneficios como pensionarse más jóvenes, que si no se querían pensionar podría solicitar el dinero en efectivo una vez cumplidas las semanas de cotización, le dijeron que ese era el mejor fondo en ese momento porque el ISS, se iba a acabar, por lo tanto se trasladó a dicho fondo al ver los beneficios ofrecidos, indicó que como ella ha trabajado desde muy joven, sabía que para cuando

cumpliera la edad de 54 años, ya tendría cotizadas las semanas requeridas, por lo que se podría pensionar más joven, que no le informaron que sus aportes podían generar unos ingresos o rendimientos, que le informaron que en caso de fallecimiento le darían los aportes realizados a un familiar, que los asesores solo les hablaron de los beneficios, pero no les informaron sobre los perjuicios que les causaría dicho traslado; señaló que lo que le dijeron las AFP, era mentira, ya que, cuando se acercó a averiguar sobre su pensión le explicaron una información muy diferente a las expuestas al momento de la afiliación, indicó que no leyó el formulario porque confió en la persona de Recursos Humanos de la empresa; reiteró que la información que les brindo el asesor fue muy rápida, no duro más de 3 minutos y no utilizaron medios audiovisuales para brindar la información; explicó que el motivo de su traslado es porque todo lo que le dijo PROTECCIÓN S.A., es mentira y siente que tiene mejores beneficios con COLPENSIONES, que en ningún momento un asesor se comunicó con ella posterior al traslado y ella tampoco se acercó a las AFP a solicitar información; expresó que tiene conocimiento de la cual sería su pensión en COLPENSIONES o en el RAIS; que no solicito el retorno a COLPENSIONES, porque solo se dio cuenta que estaba mal asesorada cuando ya se iba a pensionar.

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 CONSUELO BEJARANO GÓMEZ, 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 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 el actor a COLFONDOS S.A., el 22 de febrero de 2001, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de abril de 2001, 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 CONSUELO BEJARANO GÓMEZ.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCION S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido **CONSUELO BEJARANO GOMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.,** la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MG