16

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503520200022-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) 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 la apoderada del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 04 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **EMILIO GORDILLO BERNAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.,** no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIAN VELA y como apoderada sustituta a la doctora ORIANA ESPITIA GARCÍA en los términos y para los efectos de los poderes obrante de folios 9-12.

ANTECEDENTES

EMILIO GORDILLO BERNAL, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, por indebida y nula información; y, en consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos y gastos de administración pertenecientes a su cuenta individual; que, se ordene a COLPENSIONES corregir y actualizar su historia laboral, así como recibirlo en dicha Administradora, sin solución de continuidad, declarando que, para todos los efectos la única afiliación validad fue la efectuada el 19 de mato de 1970 al ISS; que se conceda lo ultra y extra petita y se condena a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 19 de diciembre de 1956; que, se afilió al RPM, el 19 de mayo de 1970, mediante afiliación al entonces Instituto de Seguros Sociales; que, el 30 de junio de 1999, cuando se trasladó al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., sin que dicha decisión estuviera precedida de la suficiente información e ilustración respecto a las consecuencias que ese cambio tendría en su futuro pensional; que, al momento de trasladarse de régimen pensional, no recibió asesoría sobre la proyección de cuál sería el monto de su pensión de vejez, en uno y otro régimen, nunca le fue informada la posibilidad que tenía de retornar al RPM, a la expedición de la Ley 797 de 2003, ni se le explicó la imposibilidad de cambiarse de régimen, cuando estuviera a 10 años o menos de adquirir la edad mínima para pensionarse. Que, el 8 de mayo de 2017, le fue reconocida la pensión anticipada de vejez, en la modalidad de retiro programado, con una mesada pensional de $1.733.749, más el descuento del 12% en salud, valor no se equipara con el ingreso base de liquidación de $5.332.379, resultándole mucho más favorable pensionarse en el RPM, donde la mesada superaría los $3.000.000; y que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, pero, dicha petición le fue negada (Archivo No. 1 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (Archivo No. 1 PDF).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario, con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien tuvo que expedir el bono pensional, que sirvió para el reconocimiento anticipado de la pensión de vejez del actor; excepción que se declaró no probada, en audiencia del 04 de febrero de 2021. Adicionalmente, propuso esta demandada, las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 04 de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas, de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; para llegar a dicha conclusión, citó el a-quo, precedentes jurisprudenciales de la Salas

4

Laborales del Tribunal Superior de Bogotá y Medellín, así como la sentencia C-841 de 2003, determinando que, estando el demandante, pensionado de forma anticipada por la AFP PORVENIR S.A., es claro que conocía no sólo las distintas modalidades de pensión en el RAIS, sino también los requisitos para acceder a ese derecho, hizo uso de ellas y nunca manifestó reproche alguno al respecto, por lo que fue su voluntad pertenecer y permanecer en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada del demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando revocar en su totalidad la sentencia impugnada y reconocer las pretensiones de la demanda, insistiendo en que, la escasa información suministrada por la AFP PORVENIR S.A., respecto a los aspectos positivos y negativos de tomar tal decisión, así como la inoportuna e insuficiente asesoría sobre los puntos relevantes del traslado de régimen, es lo que hace nulo el cambio de régimen pensional efectuado por el demandante, quien no manifestó libre y voluntariamente su decisión de pertenecer al RAIS, razón por la cual debe retornar al RPM, para que allí continúe con el reconocimiento pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. De otro lado, PORVENIR S.A. pretende que se confirme el fallo porque el demandante ya se encuentra pensionado.

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 parte demandante, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al negar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por ostentar la calidad de pensionado, en dicho régimen.

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

100

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. 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.

Por tanto, 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.

Ahora bien, además de los presupuestos antes mencionados, ha expresado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 84475 del 10 febrero de 2021, que, para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, el demandante, no debe haber adquirido el estatus jurídico de pensionado, pues *"si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto"*; razón por la cual, esa Corporación, determinó *"abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado"*; resaltando que, el pensionado, que se considere lesionado en su derecho puede reclamar la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso, al respecto, indicó:

19

"...no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

(...)

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento"

En el presente caso, militan como pruebas, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 25-26 PDF 1); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fl. 27-39 PDF 1); reclamación administrativa radicada ante COLPENSIONES y su respuesta negativa (fls. 40-55 PDF 1); solicitud de nulidad de traslado al RAIS, presentada por el actor en la AFP PORVENIR S.A. y su contestación (fl. 56-72 PDF 1); formulario solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias suscrito el 29 de abril de 1999 (fl. 73 PDF 1); certificación expedida de COLPENSIONES, del traslado régimen del actor (fl. 74 PDF 1); constancia de reconocimiento al actor, de la pensión por vejez anticipada, a partir del 8 de mayo de 2017, bajo la modalidad de retiro programado, con una mesada pensional en cuantía de $1.733.749 (fl. 75 PDF 1); formulario trámite de reclamación por vejez, presentado por el actor el 24 de abril de 2017 (fl. 56 PDF 2); contrato de retiro programado para el pago de mesadas pensionales y comunicación de reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la AFP PORVENIR S.A (fls. 57-58 PDF 2); historia laboral valida para bono pensional (fls. 64-71 PDF 2); consulta SIAF (fl. 86-87 PDF 2); expediente administrativo COLPENSIONES.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que, aun cuando la AFP PORVENIR S.A., no acreditó el cumplimiento de su deber de información, brindándole al demandante, información clara, precisa, oportuna, veraz y suficiente acerca de las características del RAIS, las posibles consecuencias que traería esa decisión para su futuro pensional; lo cierto es que, al haberle reconocido, la pensión de vejez de forma anticipada, a partir del 8 de mayo de 2017, se creó una situación jurídica consolidada, un hecho consumado que al tenor del precedente jurisprudencial antes citado, no es posible revertir, resultando acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al negar las pretensiones de esta acción.

De otra parte, adicionalmente advierte la Sala, que tampoco es dable en esta Instancia analizar la posible indemnización que correspondería a la actora pensionada, por la falta al deber de información cuando se suscribió el traslado de régimen Pensional, ya que la misma no fue objeto de este litigio, y el Juez de Segunda Instancia no puede pronunciarse por fuera o más allá de lo pedido, ya que la parte demandada no puede ser condena por hechos respecto de los cuales no pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa (CSJ Sentencias SL 8716 del 2 de julio de 2014 y SL 9518 del 22 de julio de 2015).
Los anteriores argumentos resultan suficientes 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 04 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **EMILIO GORDILLO BERNAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo., a favor de cada una de las demandadas. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501220190053 3-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) 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 grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 24 de febrero de 2021 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SILVIA MUÑOZ ARELLANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS FUENTES, en los términos de los poderes otorgados obrantes de folios 108 vto a 110).

ANTECEDENTES

SILVIA MUÑOZ ARELLANO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, para que, se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS; y en consecuencia, se disponga que, ha permanecido en el RPM, administrado por COLPENSIONES; que, se

ordene el trasado a COLPENSIONES, de todos los aportes que registra en el RAIS, junto con su rendimientos e intereses causados; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 11 de octubre de 1957; que, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, desde el 01 de agosto de 1995 y hasta el 31 de diciembre de 1999; cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a COLFONDOS S.A., que le ofreció una pensión por una valor mayor a la reconocida en el RPM, sin que le brindara la debida información o ilustración de las diferencias, ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; sin una proyección concreta del monto de la pensión, para contar con adecuados elementos de juicio que le permitirá tomar la decisión que más le beneficiara.

Refiere que, COLFONDOS S.A., con una seductora maniobra propagandística, la condujo a trasladarse al RAIS, con el argumento de la posible desaparición del ISS, omitiendo el deber de brindarle una asesoría cierta, suficiente y oportuna, acerca de las reales consecuencias que comporta pertenecer a cualquier régimen; que, solicitó a COLPENSIONES, su retorno al RPM, petición que fue resuelta desfavorablemente, por encontrarse a menos de 10 años, para adquirir la edad mínima para pensionarse (fls. 1-12).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (fls. 32-37).

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, no se opuso a las pretensiones de la demanda, ni propuso las excepciones (fls. 60-62).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de febrero de 2021, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación de la demandante, efectuada con COLFONDOS S.A., en el mes de enero de 2000; ordenó a COLFONDOS S.A., trasladar a

112

COLPENSIONES el valor de los saldos, aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de la señora MUÑOZ ARELLANO y recibir los valores trasladados por el RAIS; absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y, no impuso condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal, la parte actora insistió en la confirmación de la sentencia de primera instancia dado que se cumplieron los presupuestos previstos en la ley para este tipo de demandas. Entre tanto COLPENSIONES solicitó que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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 los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia de la afiliación de la actora, al RAIS, y, en consecuencia, sí resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de ellos, 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

113

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.° 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 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia,* ***si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.****"* (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 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 a la Administradora privada de pensiones demandada, 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, se allegaron como pruebas, historia laboral de la demandante en COLFONDOS S.A. (fl. 15 y 20); respuesta COLPENSIONES reclamación administrativa (fl. 16); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 17-19); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 56); consulta SIAF (fl. 63).

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 COLFONDOS S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora RUTH MUÑOZ ARELLANO, 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

114

condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 01 de abril de 2000, con efectividad a partir del 01 de junio de 2000, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

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 las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia consultada.

Sin costas en esta Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **SILVIA MUÑOZ ARELLANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: sin **COSTAS** en esta Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

115