



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-014-2019-00504-01. Proceso Ordinario de Julio Alberto Sabogal Villalobos contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de febrero de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación cotizaciones y bonos



pensionales, junto con los perjuicios morales tasados con la proyección pensional y las costas del proceso; de forma subsidiaria, solicitó se declare la ineficacia del traslado del actor.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 20 de julio de 1959, por lo que al momento de radicar la demanda cuenta con 60 años de edad y al 1° de abril de 1994 contaba con 35 años de edad; que estuvo afiliado al RPM hasta el 14 de marzo de 1995, trasladándose a partir de dicha a Porvenir S.A., no obstante, no le brindaron informaron clara, completa y veraz acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, no se realizó el estudio conforme con la historia laboral, edad y tiempo cotizado, además, de no informarle acerca de cuánto era el capital necesario que debía acumular para el reconocimiento del derecho pensional, ni acerca de las sumas que se destinarían por aseguradora, ni respecto del derecho de retracto, o proyecciones pensionales; que se elevó solicitud de traslado a Porvenir S.A. el 25 de junio de 2019, la que fue negada por parte de la administradora privada, bajo el sustento que no existía reporte de Colpensiones de la vinculación a tal administradora.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Porvenir S.A. y ordenó trasladar la totalidad de saldos de la cuenta de ahorro individual, sin lugar a descuento alguno por gastos de administración y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro



individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La apoderada de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto Si bien es cierto existe precedente judicial, la misma corporación indica que no se puede aplicar de forma igual a todos los procesos, pues debe existir similitudes en cada caso, partiendo, que si bien existía obligación de entregar información, no había obligación de una asesoría más allá de la ley o algún buen consejo para evitar la afiliación, sin que se pueda aplicar la Ley 1748 de 2015, actuando la administradora privada con buena fe objetiva, cumpliendo con las obligaciones a su cargo. Así mismo, llama la atención que tuvo oportunidades para retornar al régimen de prima media, sin embargo, se guardó silencio, por lo que no hay razones fácticas o jurídicas para determinar que no hubo buena asesoría, en el entendido que la decisión fue consciente y espontánea. Ahora bien, no es procedente con la ineficacia ordenar la devolución de los gastos de administración, pues los frutos no se hubiesen generado, por lo que se debería aplicar el concepto emitida por la Superintendencia Financiera, en la que indica que los traslados deben efectuarse en casos en los que sea necesario, y en todo caso, no habría lugar a la devolución de los gastos de administración.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones también solicitó la revocatoria íntegra de la sentencia, al considerar que no se tiene en cuenta lo específico del caso, pues fue arbitrario invertir la carga de la prueba , ya que no se logró probar que no fue buena la asesoría brindada, desconociéndose la sentencia T



422 de 2011, más aún, cuando no se demostró vicio en el consentimiento y por el contrario, que su afiliación fue libre y voluntaria. Aunado a ello, que con la presente decisión se desconoce el principio de sostenibilidad financiera, al ordenar recibir cotizaciones de una persona respecto de la que no se tenía tal deber.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación



definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

¹ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...).”



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos

*“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue: de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...”
(Subrayado de la Sala).*



cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la



ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura se extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de



diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación del demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

De igual forma, debe precisarse que si bien tal como lo señala la administradora privada, el desarrollo al deber de información ha sido más amplio con el transcurso del tiempo, en lo relativo a la normatividad y a la jurisprudencia emitida por la Altas Cortes, también lo es, que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y del Estatuto Financiero, se estableció el deber del buen consejo para las entidades financieras, situación dentro de la que se encuentra la administradora de pensiones privadas, quien se reitera, no acreditó la debida información que lleva revestido el principio del buen consejo.

Ahora bien, frente a la sostenibilidad financiera del sistema, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen



pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Finalmente, tampoco es posible acoger el dicho de la demandada Porvenir S.A., en el sentido que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración o de los rendimientos derivados de la administración de la cuenta de ahorro individual, pues estos nunca se hubieran originado, ya que si bien tal argumento es cierto, también lo es, que con la declaratoria de ineficacia las cosas vuelven a su estado anterior, por lo que nunca se hubiere generado la afiliación al RAIS, no obstante, tampoco se puede olvidar que el capital que generó tales rendimientos o frutos fue derivado de las cotizaciones mensuales que efectuaba el trabajador y por tanto, los mismos le pertenecen al afiliado.

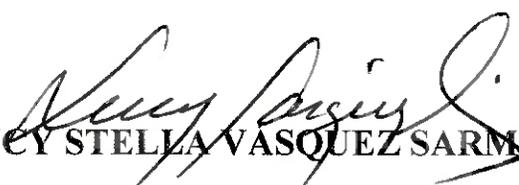
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de ambas



instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 010 2020 00112 01. Proceso Ordinario Diana Marina Prada Suarez contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandada AFP Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad y/o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. el 14 de septiembre de 1994; se ordene a esta última entidad a trasladar a



Colpensiones el valor completo de las cotizaciones, los rendimientos financieros que se hubieren causado y el saldo de la cuenta; y así mismo se ordene a Colpensiones a recibir el traslado y registrar su historia laboral las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicitó se declare que la AFP Colfondos S.A. es responsable por los perjuicios que le ocasionó por la omisión de la asesoría que debió prestarle al momento del traslado de régimen pensional, y que los mismo son equivalentes al mayor valor que resulte entre la pensión que se le debe reconocer en el régimen de ahorro individual y la pensión que le hubiere correspondido en el régimen de prima media con prestación definida; y como consecuencia de ello se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de \$726'014.016,00 a título de indemnización de perjuicios.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 21 de noviembre de 1958 y que el 14 de septiembre de 1994 ante la falta de asesoría se trasladó del régimen de prime media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A.

Indicó que la AFP Colfondos S.A. omitió informarle que era mejor el régimen de prima media con prestación definida para acceder a una pensión que el régimen de ahorro individual con solidaridad, en tanto que la pensión que obtendría en este último sería de un menor monto.

Señaló que al momento del traslado la AFP Colfondos S.A. omitió informarle entre otros aspectos, que en la modalidad de retiro programado el riesgo de la longevidad, tendría que asumirlo el propio afiliado, acerca de la rentabilidad que se le garantiza en cada uno de los portafolios de inversión administrado por dicho fondo, ni que si el monto de su pensión de vejez era inferior al mínimo



mensual legal vigente, no le era posible pensionarse en el régimen de ahorro individual con solidaridad

Sostuvo que si se le hubiere brindado la información clara, diáfana, objetiva y necesaria para tomar una decisión objetiva sobre el régimen más favorable; no se hubiere trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Refirió que Colfondos S.A. le informó que de acuerdo con el cálculo efectuado el monto de su pensión en el RAIS, proyectada a sus 61 años edad sería de \$859.366,00; lo que implicar una diferencia \$2'240.784,00 menos que la pensión que le hubiera correspondido en el régimen de prima media, en donde el valor de su mesada con una tasa del 62,32% del ingreso base de liquidación, equivaldría a \$3'100.150,19, contando incluso con la posibilidad de incrementarse de acuerdo con el número adicional de semanas que cotice.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones S.A. Pensiones y Cesantías adujo en su defensa que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, y que la demandante suscribió el formulario de afiliación al sistema general de pensiones en forma libre y voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción, compensación y pago, entre otras.

Colpensiones indicó que desconoce las circunstancias en las que la demandante efectuó el traslado al régimen de ahorro individual, pero que se presume que el mismo se realizó en ejercicio del derecho a la libre escogencia establecido en la Ley 100 de 1993 y que es plenamente válido. Propuso en su defensa las



excepciones de prescripción y caducidad e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 14 de septiembre de 1994, ordenó su regreso al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y la condenó a realizar la devolución a Colpensiones de todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con todos los frutos e intereses como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, incluyendo la devolución indexada de gastos y cuotas de administración.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la AFP Colfondos S.A. interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la decisión de primer grado a efectos que se revoquen las condenas impuestas en contra de su representada en tanto que la información suministrada por su representada a la demandante fue completa, veraz y suficiente.

Aduce al efecto que la aludida información se le brindó a la demandante en forma verbal, dado que para la época en que se efectuó, el único documento que se exigía era el formulario de afiliación; y que por tal razón no es de recibo que se alegue que la información no se suministró de manera clara y suficiente.



De otra parte, sostiene que de acuerdo con la consecuencia jurídica de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió y que por ende la accionante nunca estuvo afiliada al RAIS, y que por tanto sus aportes nunca hubieran generado unos rendimientos, luego de tener por inexistente no habría lugar a devolver dichos rendimientos.

Así mismo solicitó se revoque la condena por gastos de administración en tanto su representada no ha faltado a ningún deber legal y de esta manera se estaría imponiendo de manera injustificada, pues los dineros ya fueron empleados para la gestión de los recursos que la demandante tiene en su cuenta de ahorro; y que además tal determinación genera un detrimento patrimonial a su representada y un enriquecimiento sin justa causa a cargo de Colpensiones.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida



administrado por Colpensiones; y de ser así, si la demandada AFP Colfondos S.A. se encuentra obligada a la devolución de los gastos de administración.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo

todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".



aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, contrario a lo que aduce la recurrente, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las



implicaciones del traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que no resulta procedente acudir a lo que para el efecto establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; de suerte que, como la demandante continúa afiliada a la AFP Colfondos S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, motivo por el que ningún reproche merece a la Sala la determinación que sobre tal aspecto acogió la servidora judicial de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos



recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social*” lo que de contera, no permite a la administradora del régimen de ahorro individual demandada retener el valor de los gastos de administración, sino que permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Debe advertirse en todo caso que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto



dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Ahora en relación con la condena en costas en contra de Colpensiones, debe advertirse que en tanto el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y que dicha entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención se hace necesaria en la medida que es el actor del sistema de pensiones al que debe retornar el afiliado; a juicio de esta Sala no puede considerársele sustancialmente como parte vencida y por ende tampoco resulta procedente imponerle condena en costas en los términos del artículo 366 del C.G.P., razón por la que se revocará la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del



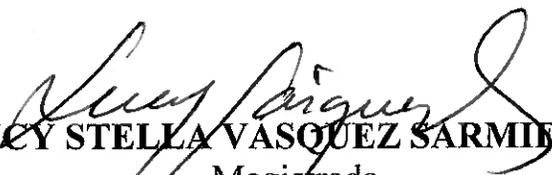
Ref.: Radicación N° 11001-31-05 010 2019 00112 01. Proceso Ordinario Diana Marina Prada contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

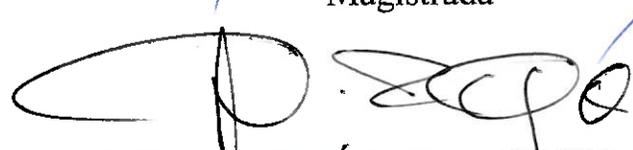
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

TERCERO.- COSTAS en primera instancia exclusivamente a cargo de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; y sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solano Vega Carvajal*



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 036 2019 00342 01. Proceso Ordinario José Gustavo Alemán Olarte contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la anulación por ineficacia de su afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la omisión de la AFP Colfondos S.A.; se ordene su traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiere desvinculado de dicho régimen, así como la devolución por



parte de la AFP Colfondos S.A. a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado con los gastos de administración o cualquier otro; y que en caso de que se hubiere reconocido pensión de vejez en su favor parte de la AFP Colfondos S.A. se condene a esta última a continuar pagándola hasta el momento en que traslade los recursos a Calpensiones y sea incluido en nómina de pensionados por parte de esta última entidad.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones el 24 de enero de 1977, y que como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los fondos privados de pensión se trasladó del régimen pensional en que se encontraba al régimen de ahorro individual con solidaridad, afiliándose a la AFP Colfondos S.A. el 10 de febrero de 1997.

Adujo que al momento de su afiliación el promotor de la AFP Colfondos S.A., se limitó a diligenciar un formato preestablecido sin suministrarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el régimen de ahorro individual, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen a que se encontraba afiliado y la implicación sobre su derecho pensional; así como tampoco le informó acerca del capital que debía ahorrar para acceder a una pensión de vejez equivalente al salario mínimo mensual legal vigente.

Indicó que la AFP Colfondos S.A. no le entregó las proyecciones y comparativos de lo que sería el valor de su pensión en uno u otro régimen de pensiones; ni le indicó la edad hasta la que debía cotizar y el salario para obtener una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la recibiría en el ISS.



Añadió en el mismo sentido que la AFP Colfondos S.A. tampoco le informó que si quería pensionarse en el RAIS antes de la edad requerida debía negociar el bono pensional, lo cual afectaba el valor de su pensión; ni que de tener cónyuge o compañero, hijo discapacitado o menor de edad el monto de su pensión en el RAIS sería inferior a la del régimen en donde se encontraba.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda Colpensiones S.A.¹ se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual adujo que el traslado de régimen efectuado por el accionante se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria. Propuso como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, falta de causa para pedir, compensación, prescripción, entre otras.

Por su parte Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías manifestó allanarse a todas las pretensiones de la demanda.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad que se hizo efectivo a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 10 de febrero de 1997, ordenado a dicha sociedad trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos sin descontar suma alguno por concepto de gastos de administración o cualquier otro concepto, y a Colpensiones a imputar a la historia laboral del demandante los aportes que reciba.

¹ Cfr fl 141 a 154



Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La recurrente solicita se revoque la decisión de primer grado, dando aplicación a lo que determinó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373 de 2021, en razón a que si bien el demandante no se encuentra pensionado, sí supera la edad de redención del bono pensional y acredita los requisitos para ser beneficiario de una prestación pensional en el régimen de ahorro individual.

Solicita se tenga en cuenta que en la aludida decisión se indicó que las administradoras de fondos de pensiones que han faltado al deber de información, deben responder por el daño causado, reparando los perjuicios a que haya hecho incurrir al afiliado, sin generar perjuicios a terceros, como en el caso lo es su representada, a quien afirma se le está trasladando la responsabilidad de Colfondos.

Aduce que para el caso en que el demandante no haya recibido una asesoría adecuada por parte de la AFP Colfondos para el momento en que se produjo su traslado, esto se vio saneado con el paso del tiempo, en tanto que estuvo afiliado al RAIS por varios años, teniendo tiempo de sobra para solicitar su traslado de régimen; lo que a su juicio permite establecer que la voluntad del accionante era permanecer en dicho fondo.

Agrega que aun en el evento en que la AFP Colfondos reintegre todos los valores recibidos se afecta el principio de sostenibilidad del sistema una vez



su representada tenga que reconocer la prestación pensional a que pueda tener derecho el demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas



implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga², posición que fue

² “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.



Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, dicha sociedad no solo se allanó a las pretensiones de la demanda, sino que en todo caso, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Ahora, no resulta de recibo la solicitud que eleva la recurrente relativa a la aplicación del criterio sentado por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021; pues si bien allí no se accedió a la declaratoria de la ineficacia del traslado lo fue debido a la afectación de un gran número de relaciones jurídicas e intereses económicos que se generan a partir del reconocimiento del derecho pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad; condición que no se presenta en el asunto por el hecho de que el demandante cumpla con los requisitos para el reconocimiento de una prestación de vejez en el RAIS.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.



Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que no resulta procedente acudir a lo que para el efecto establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; de suerte que, como la demandante continúa afiliada a la AFP Colfondos S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, motivo por el que ningún reproche merece a la Sala la determinación que sobre tal aspecto acogió la servidora judicial de primer grado.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.



Debe advertirse en todo caso que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 036 2019 00342 01. Proceso Ordinario José Gustavo Alemán Olarte contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

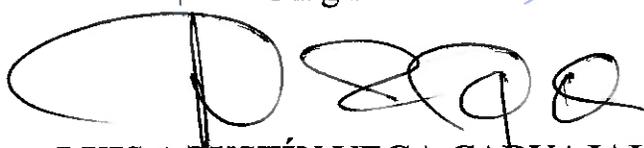
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado
*Schwartz
procial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 039 2020 00190 01. Proceso Ordinario Nubia Consuelo Gómez Rodríguez contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad; se ordene a la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones,



sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas estuvieron en su poder; y se ordene a Colpensiones reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, considerando para todos los efectos legales que siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida; y se condene a la AFP Porvenir S.A. al reconocimiento y pago de perjuicios morales los cuales estima en la suma de 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con idéntico propósito, en subsidio de la pretensiones relativa a la ineficacia o nulidad de su traslado, solicitó se declare la inexistencia del acto por medio del cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 20 de junio de 1963 y que desde el 29 de agosto de 1979 hasta el año 1998 efectuó cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales.

Indicó que en mayo de 1998 por no recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., trasladándose al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1º de junio de la misma anualidad.

Afirmó que el asesor de la AFP Porvenir S.A. que se encargó de su afiliación no contaba con título ni formación profesional o con capacitación adecuada que le permitiera suministrarle información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse de régimen.

Aduce que la AFP Porvenir S.A. ni sus asesores le advirtieron los riesgos que existían por trasladarse de régimen, que su pensión podría ser inferior a la del



régimen de prima media con prestación definida, ni que eventualmente no podría pensionarse porque el capital no sería suficiente.

Sostiene que la AFP Porvenir S.A. ni sus asesores tampoco le advirtieron que el monto de su pensión dependería de la modalidad que escoja, ni que la negociación del bono pensional implicaba un importante sacrificio financiero, entre otros aspectos.

Señaló que de acuerdo con la proyección pensional realizada por la AFP Porvenir S.A. el monto de su pensión al cumplir los 57 años de edad, sin dejar de cotizar sería de \$828.116,00 mientras que en el régimen de prima media tendría derecho a una pensión de vejez equivalente al 72,22% de un IBL equivalente a \$3'835.423,00.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., adujo en su defensa que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

Colpensiones¹ adujo en su defensa que los documentos aportados se observa que el acto de traslado estuvo sujeto a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Propuso como excepciones de mérito las que denominó error e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima

¹ Cfr fls 193 a 199, archivo 001



media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, esta últimas de forma indexada, y sin sea dable descontar suma alguna por concepto de seguros de invalidez y sobrevivencia; y ordenó a Colpensiones, recibir dichas sumas y reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.

Inconforme con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones; para lo cual aduce en primer término que no es procedente declarar la ineficacia del traslado de la demandante con base en la falta de información dado que para el momento en que este se produjo no existía tal obligación, pues de acuerdo con la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera, la única exigencia que existía para ese momento era el diligenciamiento del correspondiente formulario de afiliación.



Agrega en el mismo sentido que la demandante suscribió en forma libre, voluntaria e informada el formulario de afiliación; que no es dable obligar a su representada a aportar documentos que para la fecha del traslado no era obligatorios; y que la decisión de la demandante se vio ratificada con su permanencia en el referido régimen pensional.

Solicita se tenga en cuenta que para el momento en que la demandante se afilió no contaba con un derecho consolidado y por esa razón no existía ninguna razón jurídica y fáctica para que su presentada le impidiera ejercer su derecho a la libre elección de traslado.

De otra parte, arguye que no es factible la devolución de los gastos de administración en la medida que no forman parte integrante de la pensión de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; y que por esa razón se encuentran sujetos al término de prescripción.

Sostiene en similar sentido, que no es procedente la devolución de los recursos destinados a financiar los seguros previsionales en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

En similar sentido la apoderada de Colpensiones aduce que el traslado de la demandante se produjo de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y no se acredita algún vicio del consentimiento al momento de realizar la afiliación.

Sostiene que en la medida que para la fecha en que el demandante se afilió al RAIS contaba con una mera expectativa pensional y se desconocía el número de semanas que podría cotizar así como el valor de su ingreso base de cotización sobre el que realizaría sus aportes, hubiera sido inocuo e incluso



se le podría hacer incurrir en error si se le presentara un comparativo entre los dos regímenes pensionales.

Solicita se tenga en cuenta, de un lado, que en el año 2003 la Ley 797 brindó la posibilidad a la demandante de retornar al régimen de prima media con prestación definida y sin embargo esta solicitó la nulidad del traslado hasta el año 2020; y de otro, que la de acuerdo con el Decreto 2241 de 2010 la demandante como consumidora financiera debía informarse adecuadamente de las condiciones del sistema.

Sostiene que se presenta una ratificación tácita de la afiliación de la demandante en tanto que ha realizado consecutivamente sus aportes sin presentar ninguna queja u observación respecto de la forma en que se han administrado sus aportes o las condiciones y características del régimen pensional al que se encuentra afiliada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando



el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; y de ser así, si la demandada AFP Porvenir S.A. se encuentra obligada a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga², posición que fue

² “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan

las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa la accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Porvenir S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

En tal sentido, no resultan de recibo para la Sala los argumentos que expone la apoderada de Colpensiones, relativos a que la realización de un comparativo entre los dos regímenes pensionales induciría a error a la afiliada, pues con el misma más que indicarle el monto exacta de la prestación de vejez en uno y otro régimen, tiene por objeto que la afiliada comprenda el funcionamiento de cada uno de estos y las condiciones con las que podría acceder en los mismos de cara al reconocimiento de la pensión de vejez.



Ahora, no desconoce la Sala que, tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación, de manera que no resulta de recibo el argumento que en tal sentido elevó la apoderada de la AFP Porvenir S.A.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del traslado y mucho menos la permanencia de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.



Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que no resulta procedente acudir a lo que para el efecto establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; de suerte que, como la demandante continua afiliada a la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que la AFP Porvenir conserve las sumas que descontó por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto amulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera, no permite a la administradora del régimen de ahorro individual demandada retener el valor de los gastos de administración, sino que permite al afiliado conservar los rendimientos causados.



Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción, como lo sostiene la apoderada de la AFP Porvenir S.A. en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Debe advertirse en todo caso que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Sobreviviente*
Justicia



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-031-2021-00341-01. Proceso Ordinario de Claudia Lady Simbaqueva Moreno contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de febrero de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia y nulidad de su afiliación a Colfondos S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, primas de



seguros previsionales y demás aportes, y a la última entidad, a computar las semanas cotizadas y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 17 de octubre de 1965, afiliándose al ISS el 3 de febrero de 1992, no obstante, se trasladó sin información suficiente, comparada y veraz a Colfondos S.A. el 31 de enero de 2000; que uno de los argumentos para adoptar su decisión, fue que el ISS se acabaría, sin embargo, no se le explicó como la forma como se liquidaría la pensión, el capital que debía depositar en la cuenta de ahorro individual, las modalidades pensionales en el RAIS, la división de los aportes en el mismo régimen pensional, el bono pensional y su forma de negociación; que radicó solicitudes de ineficacia ante Colfondos S.A. y Colpensiones el 29 de abril de 2021, obteniendo respuesta negativa por parte de la administradora privada el 13 de mayo de la misma anualidad y sin que existiera pronunciamiento alguno respecto de Colpensiones.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y ordenó trasladar la totalidad de saldos de la cuenta de ahorro individual, sin lugar a descuento alguno por gastos de administración y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.



Inconformes con la anterior decisión, el apoderado de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, mediante el cual solicitó se revoque la decisión y en su lugar, se absuelvan de las súplicas elevadas. Lo anterior, por cuanto no tenía derecho a retornar al RPM de conformidad con lo expuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 para adquirir el derecho pensional, así como, que del interrogatorio no se evidencia elementos que acrediten los vicios del consentimiento para declarar la nulidad. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta el margen de tiempo que ha permanecido en el RAIS, lo que advierte una señal de su consentimiento de pertenecer a dicho sistema, con todo lo que ello implica, generándose una incertidumbre en la afiliación a Colpensiones, conforme lo expuesto en la sentencia SL 413 de 2018.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.



Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

¹ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones,

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).



para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por

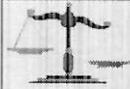


ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrino que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura se extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del



momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Ahora bien, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.



Finalmente, no es posible acoger el argumento expuesto por Colpensiones frente a la imposibilidad de efectuar el traslado de la demandante, por encontrarse dentro de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en el sentido que al declararse la ineficacia de la afiliación y traslado, es como si nunca se hubiere efectuado el mismo por parte de la señora Simbaqueva Moreno y por tanto no estaría cobijada por la prohibición que describe la pasiva.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y sin ellas en la alzada, dado el estudio íntegro de la decisión.

DECISIÓN:

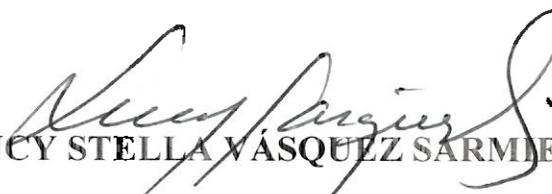
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia de primer grado en lo demás.
TERCERO. COSTAS de primera instancia a cargo únicamente de la



demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y sin ellas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Elus voto
preial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 031 2021 00115 01 Proceso Ordinario
Apelación de sentencia Rosalbina Portela Callejas contra
Administradora Colombiana de Colpensiones y Otra.**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 26 de noviembre de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 11 de abril de 2003; y que como consecuencia de ello se ordene a dicha sociedad a trasladarla al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la



aseguradora, con sus frutos e intereses; y se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida.

Como sustento de sus pretensiones, expresó en esencia, que nació el 10 de enero de 1962, que estuvo vinculada al entonces Instituto de los Seguros Sociales entre el 19 de septiembre de 1983 y el 31 de marzo de 2003.

Adujo que fue trasladada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad con la suscripción del formulario de afiliación el 11 de abril de 2003 con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la que aduce no le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente, cierta y oportuna, que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y compararlos con las condiciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al cual se encontraba afiliada.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones adujo en esencia que la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, 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, entre otras.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo que la vinculación de la demandante al fondo por ella administrado es válida en la medida que estuvo precedida de la información



pertinente y necesaria, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993; y preciso que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones; al considerar en esencia que del análisis del formulario de afiliación y el interrogatorio de parte absuelto por la accionante se establecía que tenía los conocimientos mínimos indispensables para el momento en que se traslada al régimen de ahorro individual con solidaridad; en tanto que tenía conocimiento de que es trataba de dos regímenes diferentes, conocía de los requisitos para pensionarse en el régimen de prima media, que en el régimen de ahorro individual se podía pensionar antes de tiempo, que existía un saldo que podía agotarse y que podía realizar aportes voluntarios, así como del derecho de retracto y de a restricción para retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque en su integridad la decisión de primer grado y de manera subsidiaria se absuelva a su representada de la condena en costas; para lo cual aduce en primer término que la determinación de la juez de primer grado desconoció el precedente jurisprudencial sentado por la H. Corte Suprema de Justicia conforme con el cual, el formato preimpreso no tiene



valor probatorio de cara a la acreditación del cumplimiento del deber de información al momento del traslado.

Precia en relación con el mismo aspecto, que en el formulario de afiliación se hace mención a la explicación del régimen de transición a su mandante, pero que ella no es beneficiaria del mismo, al no cumplir los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993.

Sostiene que la juez de primer grado efectuó una indebida valoración del interrogatorio de parte absuelto por su representada, y que no dio valor probatorio a la respuesta dada por la AFP Porvenir en relación con la información suministrada a su mandante al momento del traslado.

Agrega que de acuerdo con el criterio indicado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3349 de 2021, no basta con que suministre una información generalizada de los dos regímenes, sino que es necesario que se debe asegurar que el afiliado comprenda la forma como se establece el derecho pensional.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.



Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional; de igual forma es importante recalcar que en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto

que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.



a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, en el sentido que son los hechos y las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho por virtud de las simples manifestaciones verbales o por sus acciones, las que deben ser reveladas sobre la apariencia de lo que se encuentra en un documento; de suerte que no le basta a la demandada con ampararse en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió dar a conocer a la demandante al momento del traslado las posibilidades del futuro de su derecho pensional, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas; exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Pues, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.



Lo anterior se afirma, en tanto que conforme se indicó, contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado, el formulario de afiliación no ofrece el grado de convicción necesario para establecer el cumplimiento al deber de información al momento en que se produjo el traslado de la accionante y si bien esta al absolver interrogatorio de parte refirió que tenía conocimiento de la forma en cómo se reconocía la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, también lo es que al exponer las circunstancias en que se produjo el traslado señaló que telefónica lo único que se le indicó fue que en dicho fondo le iba a ir muy bien y que se podría pensionar de forma anticipada; información que resulta claramente insuficiente de cara al cumplimiento del deber de información que se encontraba a cargo de la AFP Porvenir S.A.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adocrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, por consiguiente, la Sala declara la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional, de modo que tampoco es de recibo el argumento que expone la *aquo* relacionada con la baja densidad de cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida para el momento en que se produjo el traslado.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también



lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, tampoco es procedente declarar la prosperidad del referido medio exceptivo en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante continúa afiliada a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en ambas instancias a cargo de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrado con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO.- CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales.

TERCERO.- ORDENAR a COLPENSIONES a recibir las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante y activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.

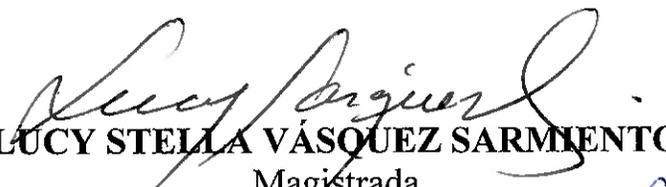
CUARTO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible



reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para su tasación inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$700.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Señalado
por el*


República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., Treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 029 2021 00127 01. Proceso Ordinario Andrés Pizano Gutiérrez contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su afiliación a la AFP Porvenir S.A. a mediados del año 1994 y a la AFP Colfondos a comienzos del año 1997; para como consecuencia de ello se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerlo como como uno de los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a la AFP Colfondos S.A. a devolver los aportes efectuados a



Colpensiones, junto con toda la información laboral, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que se afilió y efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de octubre de 1982 hasta el 12 de agosto de 1994; y que a mediados de este último año se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de la AFP Porvenir S.A. y que a comienzos del año 1997 se trasladó dentro del mismo régimen a la AFP Colfondos.

Afirmó que los asesores comerciales de los fondos privados no le brindaron una información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas tanto del régimen de prima media con prestación definida como del régimen de ahorro individual con solidaridad; ni se le realizó un estudio de su situación particular.

Señaló que la AFP Colfondos realizó una simulación pensional ofreciéndole para el año 2020 una mesada de \$5'727.075; sin embargo, en el régimen de prima media con prestación definida el monto de su prestación ascendería a la suma de \$8'587.644,00 aplicando un tasa de remplazo del 73,15%.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo en su defensa que la vinculación del demandante se produjo de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido ampliamente y oportunamente informado acerca del funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y buena fe.



Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías señaló que el derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes y que sus asesores comerciales le brindaron a la demandante una asesoría integral y completa acerca de las implicaciones de su traslado horizontal. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, entre otras.

Colpensiones por su parte sostuvo que el traslado del demandante al RAIS se dio en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ratificando su afiliación con el transcurso de los años, y que a la fecha se encuentra dentro de la prohibición que establece el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el demandante a la AFP Porvenir S.A. el 12 de 1994; ordenó a la AFP Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones y rendimientos, y a Colpensiones a recibir dichos valores de Colpensiones y a actualizar su historia laboral.

Inconforme con la anterior determinación los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. aduce que el consentimiento informado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación,



documento que no fue tachado de falso, y en el que consta que el demandante se vinculó de forma libre, voluntaria y sin presiones, habiendo sido asesorado sobre los efectos del traslado, conforme lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Afirma que su representada siempre le garantizó el derecho al retracto, lo que afirma se acredita con la publicación efectuada en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004, sin que el actor ejerciera dicha facultad; lo que afirma no fue valorado por el Despacho.

Sostiene que con la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que contaba el demandante, consistente el poder de las personas reconocido por ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los derechos e intereses de los que son titulares.

Por su parte el apoderado de Colpensiones solicita se adicione la decisión de primer grado en relación con la devolución de los gastos de administración, solicitud que funda en lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 del 2019.

Agrega al efecto que de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil, el cual se aplica por analogía al tema de las ineficacias, se debe entender que los gastos de administración deben ser devueltos con cargos de las utilidades de los fondos privados a favor de su representada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el



conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al

porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y colación incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

Se agrega a lo anterior que a juicio de la Sala el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal; de manera que no es de recibo el argumento que al efecto plante el apoderado de la AFP Porvenir.

En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.



Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Colpatria, hoy AFP Porvenir S.A. debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que se precisa, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colpatria, Hoy Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia



únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha el demandante se encuentra afiliado a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Porvenir S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración durante el periodo en que el demandante estuvo afiliado; motivo por el que se modificará la determinación que acogió sobre el particular el *aquo*.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la*



restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social” lo que de contera, no permite a la administradora del régimen de ahorro individual demandada retener el valor de los gastos de administración, sino que permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Debe advertirse en todo caso que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE



BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, a efectos de **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontaron por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, durante el periodo en que estuvo afiliado el demandante a cada una de ellas.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional al demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

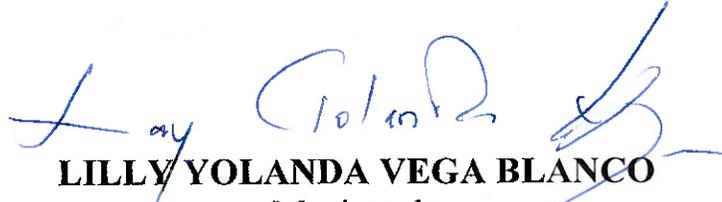
TERCERO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

 Ref.: Radicación N° 11001-31-05 029 2021 00127 01. Proceso Ordinario Andrés Pizano Gutiérrez contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solo voto
por el*


República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 028 2020 00232 01. Proceso Ordinario
Elvira Marilin López Coronado contra Colpensiones y Otra (Apelación
Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que nunca estuvo afiliada a dicho régimen y que debe quedar afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se condene a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de aseguradora, gastos de administración con sus frutos e intereses.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que en el mes de noviembre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A.

Indicó que previo a su traslado recibió una visita en su lugar de trabajo de un asesor de la AFP Colfondos S.A. en la que la invitaron a trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y que para persuadirla le indicaron que el RAIS le permitía pensionarse de manera anticipada, que el Seguro Social se iba a acabar y que la única posibilidad para recuperar el dinero aportado era afiliándose al RAIS y que el trámite del bono se realizaría dentro de los 6 meses siguientes a su traslado.

Afirmó que al momento del traslado la AFP Colfondos faltó a su obligación de brindar información suficiente, objetiva y clara, que le permitiera comprender todas las etapas del proceso de traslado de régimen, ni le puso de presente los efectos jurídicos que arrearía dicha determinación para su futuro pensional.

Aduce en el mismo sentido que el promotor de la AFP Colfondos S.A. nunca le informó que el valor de su pensión iba a depender de su edad y la de su grupo familiar, así como de las variables económicas del mercado financiero, de la redención del bono pensional, del capital acumulado a la fecha del cálculo y de la tasa de rentabilidad esperada del fondo especial de retiro programado a largo plazo, entre otros aspectos.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones S.A. adujo que del análisis de las pretensiones se advierte que lo que pretende con la acción es obtener un



beneficio económico y que en todo caso el traslado de la demandante se ajusta a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, prescripción y caducidad, entre otras.

Por su parte Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías sostuvo que sí brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción de la acción, compensación y pago, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad por intermedio de Colfondos S.A el 1° de enero de 1997, que se encontraba válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; y como consecuencia de ello condenó a Colfondos S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos los frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros previsionales e impuso condena en costas en contra de las demandadas

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el recurrente la revocatoria total de la sentencia de primera instancia, en tanto que analizado el presente caso bajo la figura de la ineficacia se



evidenció que la parte actora no efectuó actos que evidenciaran su intención de no pertenecer a la AFP.

Agrega en el mismo sentido que a la fecha se tiene una cantidad considerable de años en dicha régimen, lo que a su juicio permite la aplicación de la figura jurídica de la ratificación con el que se perfecciona el acto ineficaz de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 898 del C. Cío. y las sentencias sl413 de 2018, SL3752 de 2020 y SL1061 de 2021.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es



obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.



ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Ahora bien, aduce el recurrente que la permanencia en el régimen de ahorro individual por parte de la demandante constituye un acto de relacionamiento con el que se perfecciona el acto ineficaz, de acuerdo con lo expuesto entre otras en sentencias SL3752 de 2020 y SL1061 de 2021; criterio sentado por una de las Salas Laborales de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, y que fue precisado por la Sala Permanente de la misma Corporación en la sentencia SL 1055 de 2022 en los siguientes términos:

“De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en



actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante a Cofondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que no resulta procedente acudir a lo que para el efecto establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, como la demandante continúa afiliada a la AFP Colfondos S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir



los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, motivo por el que ningún reproche merece a la Sala la determinación que sobre tal aspecto acogió la servidora judicial de primer grado.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Debe advertirse en todo caso que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Ahora en relación con la condena en costas en contra de Colpensiones, debe advertirse que en tanto el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual de la demandante y que dicha entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención se hace necesaria en la medida que es el actor del sistema de pensiones al que debe retornar el afiliado; a juicio de esta Sala no puede considerársele sustancialmente como parte vencida y por ende tampoco resulta procedente imponerle condena en costas en los términos del artículo 366 del C.G.P., razón por la que se revocará la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado.



Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

TERCERO.- COSTAS en primera instancia exclusivamente a cargo de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; y sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

 Ref.: Radicación N° 11001-31-05 029 2020 00232 01. Proceso Ordinario Elvira Marilyn López contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Eduvardo
pricial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-027-2019-00027-01. Proceso Ordinario de Alicia Salamanca Sánchez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de noviembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y como consecuencia de la anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, sin que haya lugar a



efectuar descuento alguno por las mesadas que se hayan cancelado, junto con los intereses y frutos de conformidad con lo consagrado en el artículo 1746 del C.C.; así como, que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de atendiendo lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a partir del cumplimiento de los requisitos de ley, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 20 de abril de 1961, por lo que cumplió los 57 años el mismo día y mes del año 2018, afiliándose a Colpensiones por el período comprendido entre el 1° de marzo de 1979 y el 30 de septiembre de 1999, donde cotizó 998.03 semanas; que sin ningún tipo de asesoría, la actora se afilió a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., por el período comprendido entre el 1° de diciembre de 1999 y el año 2018, donde aportó un total de 902 semanas, por lo que computadas las cotizadas en el Régimen General de pensiones arrojan un total de 1.879 semanas; que la AFP reconoció pensión de vejez a la demandante para el año 2018 en cuantía inicial por la suma de \$781.242; que al momento de la vinculación no se informó sobre la forma correcta y exacta de la mesada pensional, ni mencionar que el monto sería inferior al que percibiría en Colpensiones, pues la mesada en dicha entidad, tomando un IBL por la suma de \$1.128.341 y aplicando una tasa de reemplazo del 80%, arrojaría una primera mesada por el monto de \$939.593; que la actora tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003; que se elevó solicitud de nulidad ante porvenir S.A. y Colpensiones los días 18 de marzo y 25 de abril de 2018, respectivamente.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó a trasladar los



aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, junto con los rendimientos a que hubiere lugar, sin lugar a efectuar descuentos por gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros, activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y procediera con el reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del momento en que se acredite la desafiliación en el sistema, por 13 mensualidades al año. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable. Así mismo, estableció que la demandante acreditaba los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de Colpensiones solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Afirma el recurrente que se debe tener en cuenta para el caso que los argumentos expuestos en la sentencia, no tienen en cuenta las reglas contractuales adquiridas por la parte demandante, esto es, primero las obligaciones legales contenidas en el Decreto 2241 de 2010, presentándose un silencio del consumidor financiero en el tiempo, el que no puede entenderse como una señal de inconformismo frente a las mesadas pensionales sea una causal para petitionar la ineficacia o retrotraer la afiliación al RAIS, también la obligación objetiva de recibir a la demandante de recibir en el RPM, no puede exonerar a quien causó el daño, ni inculcar responsabilidad a Colpensiones, pues fue externa al negocio jurídico, además, que no se exigía una documental adicional a la establecida



en la Ley o realizar una asesoría pensional de que trata la jurisprudencia actual para acreditar la correcta información. Así mismo, en la relación legal entre la actora y Colpensiones no se puede obligar a aceptar la carga prestacional de la demandante, ya que se genera una desestabilidad financiera, además, que la entidad no puede atacar la correcta afiliación de la afiliada, por lo que se debe mantener incólume el traslado efectuado a Porvenir.

Por su parte, la apoderada de Porvenir solicitó desestimar las pretensiones de la demanda y absolver de los pedimentos elevados, pues con la declaratoria de la ineficacia de traslado se afectan los principios del derecho como son la confianza legítima y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, encontrándose le primero afectado pues se desconoce el acto suscrito entre las partes con la firma del formulario, cumpliendo con los requisitos al año 1999, pues no existía obligación de dejar constancia de la asesoría brindada, cumpliendo el formulario con los requisitos legales, obligándose traer medios de prueba que no estaban establecidas, siendo una prueba in diabólico e imposibilitando el derecho a la defensa, pues se exigen cargas que no estaban establecidas en la época. Aunado a lo anterior, no se puede desconocer o restar valor al formulario de afiliación, pues no fue tachado de falso, o dijo algo frente a la libertad de escogencia. Frente a la sostenibilidad financiera del sistema, se debe advertir que la demandante se afilia para el año 1999 y la actora se encuentra al momento de solicitar el traslado se encuentra dentro de la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, pues se omite la prohibición del legislador, que no ha sido caprichosa y afecta las actuaciones en el RAIS, pues no se puede desconocer la apertura de una cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos, por lo que se debe verificar el acervo probatorio de la pasiva, al no poderse desconocer el formulario vigente, aunado, con que la accionante tenía unos deberes del consumidor financiero conforme Decreto 2555 de 2010, y



respecto de los cuales no se quiso informar, no tuvo el adecuado cuidado, no se elevó queja en contra de la demandada, ratificándose el querer de permanencia. Ahora bien, en caso de confirmarse la decisión, se peticiona absolver de los gastos de administración indexados y las primas de reaseguros, teniendo en cuenta que al declararse la nulidad los únicos valores conforme con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y el concepto de la Superintendencia Financiera son consistentes en rendimientos y aportes, más no gastos de administración y otras sumas, ya que los mismos se generan también en el RPM, aunado, con que al suscitarse como gastos de administración no hacen parte, ni financian la prestación, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, debiéndose aplicar la figura de prescripción o se dé una aplicación objetiva del artículo 365 del C.G.P., ya que la condena en costas no obedece a un actuar de mala fe, sino por ser derrotado dentro del proceso, pero de forma exclusiva se condena a la condena en costas, pero no a la totalidad de partes que están en la sentencia y por ello se debe dar una compartibilidad frente a la condena en costas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES



Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

¹ "(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional,

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).

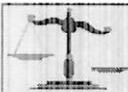


frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de



vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el



mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. En igual sentido, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente a la afiliada.

En igual sentido, debe indicarse que no se puede acoger el dicho de la administradora privada, en el sentido de que para la fecha de traslado en el año 1999, no existiera la obligación al deber de información, pues el mismo



surgió con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de 1993, momento en el cual se impuso a las administradoras de pensiones brindar la debida información al momento del traslado, situación que no realizó en su momento la pasiva, así como, que si bien se imponían cargas a las partes al momento de suscribir el formulario de afiliación, también lo es, que el afiliado tiene como fin último el reconocimiento de las prestaciones derivadas del Sistema General de Pensiones y quien tiene el conocimiento total del mismo es la administradora de pensiones privada.

Frente al argumento relacionado con que no se imponga la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, es necesario precisar que si bien tales conceptos no hacen parte del medio de financiación del derecho pensional, también lo es, que sí hacen parte de la cotización y por tanto pertenecen al afiliado y en todo caso, deberían ser cobrados por Colpensiones, entidad a la que debió estar afiliada la demandante, sin que tampoco se encuentre la actora dentro de la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, pues al declararse la ineficacia del traslado, es como si el mismo nunca hubiere existido y por tanto, no se encontraría en tal contravención la señora Salamanca Sánchez.

En lo que tiene que ver con la desfinanciación del sistema pensional, se advierte que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.



Ahora bien, se debe proceder con el estudio del derecho pensional reclamado por la demandante, por lo que se hace necesario indicar que la actora no es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ni por edad, ni por semanas, teniendo en cuenta que la demandante nació el 20 de abril de 1961, y cotizó un poco más de 690 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994.

En ese orden de ideas, se debe proceder con el estudio del derecho pensional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que dispone para el reconocimiento de la pensión de vejez contar con 60 años de edad para los hombres y 1000 semanas, las cuales se incrementarían hasta llegar a 1300 semanas al año 2015, no obstante, a partir del 1º de enero de 2014 la edad quedó establecida en 57 años para las mujeres.

De acuerdo con lo anterior, conforme con la fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Alicia Salamanca Sánchez cumplió la edad de 57 años el 20 de abril de 2018 y así mismo, acredita la densidad de semanas necesarias para adquirir el derecho pensional por cuanto cotizó un total en el Sistema General de Pensiones un total de 1.880 semanas cotizadas, sin embargo, de la historia laboral aportada por la administradora privada, se advierte que la actora continuó haciendo aportes con posterioridad a la radicación de la demanda hasta el mes de septiembre de 2019, sin embargo, no se puede tener en cuenta dicha mensualidad para reconocer el derecho pensional, teniendo en cuenta que no existe novedad de retiro del Sistema General de Pensiones, ni se acredita un presupuesto para demostrar su desafiliación tácita del mismo, por lo que se deberá reconocer la prestación a partir del retiro de la trabajadora del sistema de pensiones.



Ahora bien, en lo que tiene que ver con la liquidación del derecho pensional, el mismo debe regirse por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que establece que para obtener el IBL, se debe tener en cuenta las cotizaciones efectuadas en los 10 años anteriores a la obtención del derecho pensional o las cotizaciones efectuadas durante toda la vida laboral siempre y cuando haya cotizado más de 1250 semanas, como ocurre en el caso bajo estudio, teniéndose para ello, el que le resulte más favorable a la afiliada.

Ahora bien, debe advertirse que no hay lugar a declarar prescrita mesada alguna, en la medida en que este caso, no operó el término común de los 3 años previstos en el artículo 151 del CPL, pues se parte del hecho de que la prestación se hace exigible a partir del día siguiente al retiro de la afiliada del Sistema General de Pensiones y la demanda ya se encontraba en curso ante el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá², por lo que es claro que la totalidad de las mesadas pueden ser reclamadas, por 13 mensualidades al año y reajustada de forma anual.

Finalmente, frente al reproche que realiza la administradora privada respecto de la condena en costas, es necesario indicarle que si bien uno de los presupuestos para imponer dicha condena es la derrota en juicio, también lo es, que la Administradora Colombiana de Pensiones no intervino en el acto jurídico de traslado, ni negó la ineficacia por capricho, pues debía actuar bajo los fundamentos de Ley, sin embargo, la administradora privada sí intervino en el traslado y fue quien no brindó la debida información a la afiliada, por lo que no es posible acceder a la compartibilidad de las costas reclamadas.

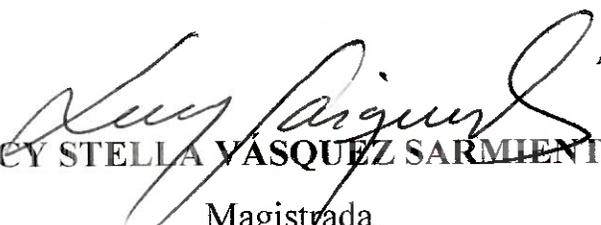
² Cfr. Expediente Digital.



Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancias a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **TERCERO: COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA YÁSQUEZ SARMIENTO

Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-027-2019-00027-01. Proceso Ordinario Alicia Salamanca Sánchez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Solvo de la
preia*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 024 2019 00291 01. Proceso Ordinario
Monica Cediell Echeverry contra Colpensiones y Otra (Apelación
Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandada AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada y promovida por la AFP Porvenir S.A., que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con



prestación definida administrado por Colpensiones; se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales que cotizó, incluidos los rendimientos financieros, las deducciones por gastos de administración y los descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivencia, y a Colpensiones al reconocimiento y pago de su pensión de vejez desde el día siguiente a la última cotización.

En subsidio de la pretensión relativa a la ineficacia solicitó se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 24 de noviembre de 1959 y que comenzó a cotizar al sistema de pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales a partir del 30 de junio de 1987.

Afirmó que el 14 de agosto de 2000, cuando realizaba un turno nocturno como médico pediatra en el Instituto Infantil Roosevelt un representante de la AFP Porvenir se acercó para que firmara un formulario de afiliación.

Señaló que el referido asesor únicamente le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y le prometió que gestionaría su bono pensional; pero que no verificó su historia laboral a fin de asesorarla y procedió a recibir su firma sin una asesoría previa.

Refirió que la AFP Porvenir S.A. no le informó acerca de las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir el formulario de afiliación en el RAIS, que la afiliación a dicho régimen implicaba la disminución de su mesada pensional en más del 52% de la que estaba construyendo en el Instituto de Seguros Sociales, ni que la fecha de redención de su bono pensional sería a los 60 años de edad



Adujo que la AFP Porvenir S.A. no le explicó las condiciones y requisitos legales que debería cumplir en el RAIS para acceder a una prestación para la protección de su vejez; y que tampoco la puso en conocimiento de un escenario comparativo entre los regímenes existentes.

Indicó que luego de tener algunos inconvenientes en relación con su bono pensional por su propia cuenta buscó asesoría pensional particular en la que conoció en detalle su caso pensional.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones S.A.¹ adujo que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 y que su traslado al régimen de prima media no solo contraviene disposiciones de carácter legal, sino además al principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de la entidades de la seguridad social, el error de hecho no vicia el consentimiento, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, entre otras.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. no dio respuesta a la demanda, motivo por el que mediante proveído del 5 de octubre de 2021², el juzgado de primer grado dispuso tenerla por no contestada.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 14

¹ Cfr fl 141 a 154

² Cfr fl 179.



de agosto de 2000, que nunca se vinculó a dicho régimen y que siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; y como consecuencia de ello ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, consistente en el saldo que presenta ésta en su cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración.

Así mismo ordenó a Colpensiones a que corrigiera la historia laboral de la demandante una vez reciba los dineros por parte de Porvenir S.A. y que así mismo, dentro de los dos meses siguientes a tal acto, conceda a la demandante la pensión de vejez a partir de la fecha en que se efectúe el retiro efectivo del sistema.

Inconforme con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicita se revoque en su integridad la decisión de primer grado; para lo cual aduce en primer término que no se puede aplicar de manera indiscriminada el precedente jurisprudencial sentado por la H. Corte Suprema de Justicia, estableciendo obligaciones que no le eran exigibles a su representada para el momento en que se produjo del traslado de la demandante, en tanto que para ese momento la información se le brindó en forma verbal y que no existía la obligación de dejar constancia en documento adicional a la consignada en el formulario de afiliación.



Aduce en el mismo sentido que en tanto el formulario de afiliación suscrito por la demandante es un documento público no fue tachado de falso y que cumplió con los requisitos que se encontraban vigentes; de manera que el mismo es suficiente para entender que el traslado surgió al vida jurídica de forma válida y efectiva.

Solicita que en caso de que se confirme la declararía de ineficacia realizado por la parte demandante, se absuelva a su representada de realizar la devolución de las sumas correspondientes a los gastos de administración; no solo porque se contaba con autorización legal para efectuar dicho descuento, sino porque la devolución de dichos dineros implicaría un enriquecimiento sin causa, pues dichos descuentos también operan en dicho régimen y no se destinan a financiar la pensión de vejez de la demandante.

Agrega en el mismo sentido que si los efectos de la ineficacia implican entender que las cosas vuelven a su estado anterior, entonces se debe concluir que no existió un contrato de afiliación entre la demandante y su representada y que como consecuencia de ello no existió una administración ni se generaron unos rendimientos; sin embargo, en primera instancia se dio aplicación a tales efectos solo a una de las partes.

Por su parte el apoderado de Colpensiones aduce que la decisión de primer grado desconoce la jurisprudencia sentada en torno a la inversión de la carga de la prueba, particularmente de la sentencia T-422 de 2011

Sostiene al efecto que dentro del trámite del proceso no se logró demostrar por parte de la accionante la existencia de algún vicio en el consentimiento para el momento en que decidió trasladarse de régimen; y que por lo contrario se estableció que tal decisión fue libre y voluntaria.



GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; y de ser así, si la demandada AFP Porvenir S.A. se encuentra obligada a la devolución de los gastos de administración y Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la

³ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de



prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de



2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que no resulta procedente acudir a lo que para el efecto establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; de suerte que, como la demandante continúa afiliada a la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, motivo por el que ningún reproche merece a la Sala la determinación que sobre tal aspecto acogió la servidora judicial de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social*” lo que de contera, no permite a la administradora del régimen de ahorro individual demandada retener el valor de los gastos de administración, sino que permite al afiliado conservar los rendimientos causados.



Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Debe advertirse en todo caso que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez conforme lo establecido en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, mediante el cual se modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los requisitos para su reconocimiento a partir del 1° de enero de 2014 para el caso de las mujeres es el cumplimiento de los 57 años de edad y la acreditación de 1.300 semanas de cotizaciones, requisitos que se encuentran acreditados dentro del plenario.

Lo anterior en cuanto de acuerdo con el correspondiente registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía, la demandante nació el 24 de noviembre de 1959, de manera que cumplió la edad mínima de pensión el mismo mes y día del año 2016; y, conforme con la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A.⁴ se tiene que para el 24 de noviembre de 2019 contaba con 1.587 semanas de cotización, razón por la que ningún reproche

⁴ Cfr fl 36



merece a la Sala la determinación relativa al reconocimiento de la prestación de vejez a favor de la demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, tampoco merece a la Sala reproche alguno la determinación relativa al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha en que se acredite el retiro del sistema en la medida que se ajusta a lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, norma aplicable en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993; y en tanto no mereció a la parte ningún reparo la determinación relativa a supeditar el reconocimiento de la prestación una vez la AFP Porvenir S.A. efectúe el traslado de los recursos con ocasión de la ineficacia del traslado, ningún pronunciamiento efectuará la Sala al respecto.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.



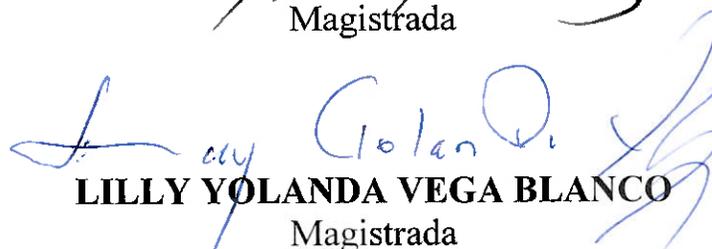
Ref.: Radicación N° 11001-31-05 024 2019 00291 01. Proceso Ordinario Mónica Cediell Echeverry contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

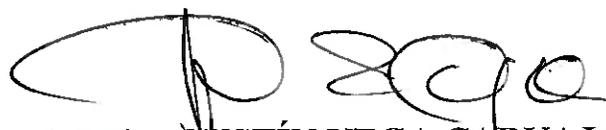
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Somos vobis prociel*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 010 2019 00773 01. Proceso Ordinario
Carmenza Santana Rodríguez contra Colpensiones y Otro (Apelación
Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia y/o nulidad de su afiliación a la AFP Protección S.A. y a la AFP Old Mutual , al ser producto del engaño de que fue objeto al no recibir ningún tipo de información que le permitiera tomar una decisión consciente acerca de las implicaciones y el alcance que tenía de su traslado; y que como consecuencia de ello se ordene a Colpensiones



recibirla y afiliarla de nuevo como si nunca se trasladado al régimen de ahorro individual y que en virtud de ello se ordene a las AFP Protección S.A. y Old Mutual S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 29 de octubre de 1958 y que desde el 30 de marzo de 1989 efectuó cotizaciones en forma ininterrumpida al Instituto de los Seguros Sociales hasta el 1° de enero de 1995, fecha en la que afirma fue persuadida por Protección S.A., para que se vinculara al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Señala que fue presionada sistemáticamente por los representantes comerciales de Protección S.A., bajo el argumento de que obtendría una mesada pensional superior a la que podría obtener con el ISS y que podría pensionarse anticipadamente aun sin cumplir la edad o el número de semanas mínimas exigidas por la ley para pensionarse, y que el ISS se iba a acabar, lo cual suponía un enorme riesgo para su pensión.

Sostiene que el referido fondo no le suministró ningún tipo de información para realizar de manera consciente e ilustrada su traslado, ni le realizó ninguna clase de estudio o de asesoría sobre el impacto y alcance que tendría dicho cambio; y que tampoco la ilustró acerca de la negociación de los bonos pensionales, ni le explicaron que debía contar con un capital mínimo suficiente para hacerse acreedora a una eventual pensión; y que de haber contado con dicha información no habría tomado la decisión de trasladarse

Señaló que el 1° de diciembre de 2006 la AFP Old Mutual S.A. la persuadió para que se trasladara de la AFP Protección S.A., bajo el argumento de que



obtendría una mesada pensional superior; pero que tampoco le suministró la información suficiente, completa y veraz.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.¹, adujo en su defensa que el traslado de la demandante fue libre y voluntario, y precisó que en todo caso para el momento en que la accionante se trasladó al fondo por ella administrado ya se encontraba dentro de la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de Old Mutual no participó en el momento de la selección de régimen, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de la violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, prescripción, buena fe, entre otros.

Colpensiones² adujo en su defensa indicó que si bien desconoce las circunstancias en que se efectuó el traslado de la demandante, se presume que el mismo se efectuó en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen pensional, consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción y caducidad, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Finalmente, la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. indicó que el acto de traslado de la demandante es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, cumpliendo con todos los requisitos de validez y existencia. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, y aprovechamiento indebido de los recursos público y del sistema general de pensiones.

¹ Cfr fls 134 a 152, archivo 001.

² Cfr fls 193 a 199, archivo 001



Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección S.A.; y como consecuencia de ello ordenó a la AFP Old Mutual S.A., hoy Skandia S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, a las AFP Protección S.A. y Old Mutual S.A. reintegrar a Colpensiones los deterioros sufridos por los recursos administrados incluidos los gastos de administración, comisiones, primas y seguros debidamente indexados.

Así mismo ordenó a Colpensiones a aceptar a la accionante en el régimen de prima media con prestación definida, a reactivar su afiliación sin solución de continuidad y corregir su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS.

Inconforme con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión recurrida, para que en su lugar, se exonere a su representada de todas las condenas impuestas en su contra; para lo que aduce en esencia que se tenga que el traslado efectuado por la demandante se presume no solo que se efectuó en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen, sino que también es plenamente válido; con mayor razón si se tiene en cuenta que a lo largo del proceso se acreditó que la demandante tenía conocimiento acerca de lo ofrecía cada fondo y las consecuencias del cambio de régimen pensional.



En el mismo sentido solicita se tengan en cuenta los salvamentos de voto expuestos en la sentencia SL 1452 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, conforme con los cuales no es posible sentar reglas únicas y generalizadas, para la declaración automática de la ineficacia del traslado, sino que debe ser producto del análisis de cada caso en particular de la existencia de un perjuicio al afiliado, y que además pueden presentarse supuestos susceptibles de saneamiento.

Por su parte la apoderada de la AFP Protección S.A. interpuso recurso de apelación parcialmente, a efectos de que se revoque la condena impuesta en contra de su representada a devolver los gastos de administración y la comisión de seguro previsionales-

Aduce al efecto en esencia que tanto las cuotas de administración como las primas de seguros previsionales son descuentos que no solo autoriza sino ordena la Ley 100 de 1993, el cual opera en ambos regímenes pensionales

Sostiene en el mismo sentido que dentro del expediente obra prueba de los aportes que su representada trasladó junto con los rendimientos de la cuenta individual, que se generaron por la buena gestión de su mandante; lo que a su juicio la faculta a conservar la comisión de administración como restitución mutua a su favor; y que ordenar la devolución de tales conceptos a favor de Colpensiones genera un enriquecimiento sin causa a favor de esta última en la medida que tales recursos no están destinados a financiar el derecho pensional de la demandante.

Aduce que es importante que se determine el fundamento de las consecuencias de la ineficacia, pues aun cuando se viene aplicando en forma analógica el artículo 1746 del Código Civil, no se está dando aplicación íntegra a dicho precepto, trasgrediendo el principio de inescindibilidad; pues



se pretende que se restituyan las cosas al estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo, pero que de forma paradójica se ordene el traslado de los rendimientos financieros que con producto de la gestión realizada por los fondos de pensiones y que en consecuencia las faculta a conservar la comisión de administración.

Afirma que no es legal ni igualitario que se pretenda que su mandante de sus propios recursos reconozca lo que se trasladó por primas de reaseguro o seguro previsional, pues se desconoce que los fondos de pensiones realizan el contrato y el giro de las sumas a un tercero de buena fe que nadie tiene que ver y no es llamado al proceso y que además también se efectúa por mandato legal.

Finalmente señala que frente a dichos conceptos sí opera el fenómeno jurídico de la prescripción, porque es un concepto que se causa en forma periódica que no se destina a la financiación de la pensión de vejez y agrega que lo que es imprescriptible en estos casos es el acceso a la declaratoria de ineficacia.

Por su parte la apoderada de la AFP Skandia S.A. igualmente se opone a la condena impuesta en contra de su representada por concepto de cuotas o gastos de administración y seguro previsionales debidamente indexados.

Sostiene al efecto que de acuerdo con lo previsto tanto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como en el artículo 36 del Decreto 692 de 1994, prevén los referidos descuentos tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pero que en este último se establecen unas obligaciones que deben cumplir las administradoras, dentro de las que se encuentra la de administrar una cuenta de ahorro individual, garantizar una rentabilidad mínima y consolidar una historia laboral.



Afirma en el mismo sentido que si bien las pretensiones de la demanda giraron en torno a la ineficacia de la afiliación en el RAIS y que la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que las consecuencia de esta es el regreso de las cosas al estado inicial; a su juicio al juez le corresponde realizar una ponderación objetiva en cuanto a conceptos como restituciones mutuas confianza legítima y buena fe, supuesto este último frente al que solicita se tenga en cuenta el criterio sentado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de agosto de 2014, en el que se consideró que quien ha obrado de buena fe se encuentra obligado a restituir únicamente los frutos percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda.

Añade que la comisión de administración no del afiliado ni está destinada a la financiación de su prestación, por preverlo de esa forma la ley; y que en ese sentido la orden relativa a su devolución generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y un pago de lo no debido, con mayor razón cuando se encuentra establecido que su representada cumplió con la obligación de generar unos rendimientos financieros.

En relación con la devolución de las sumas correspondientes a los seguros previsionales, aduce que en la medida que la demandante siempre estuvo asegurada en forma permanente, gozando de esa forma de cobertura durante toda su afiliación, a su juicio no es procedente ordenar a devolución de tales sumas.

Agrega en el mismo sentido que tal devolución generaría un perjuicio patrimonial a su representada en la medida que son dineros con los que su representada no cuenta, al haber sido cancelados a un tercero de buena fe, no vinculado al proceso.



Finalmente sostiene que atendiendo el concepto de la indexación, es improcedente la condena por este concepto en la medida que se acreditó que su representada generó una rentabilidad superior a la mínima a favor de la demandante por los recursos administrados.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; y de ser así, si la demandada AFP Protección S.A. y Skandia S.A. se encuentra obligada a la devolución indexada de los gastos de administración y seguros previsionales.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, tal como lo puso de presente, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y



completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición que fue

³ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.”

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que “Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud”.

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a

y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.



ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Colmena, Protección S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colmena, Hoy Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de



Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que no resulta procedente acudir a lo que para el efecto establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; de suerte que, como la demandante actualmente se encuentra afiliada a la AFP Skandia S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, así mismo la AFP Protección, tiene la obligación de trasladar las sumas que recibieron por gastos de administración, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen*



cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social” lo que de contera, no permite a la administradora del régimen de ahorro individual demandada retener el valor de los gastos de administración, sino que permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Ahora, en la medida que la condena relativa al pago indexado no recae sobre el saldo de la cuenta de ahorro individual y por el contrario se ajusta a lo previsto por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en la sentencia SL5686 de 2021, se confirmara igualmente la determinación que sobre el particular acogió la juez de primer grado.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Debe advertirse en todo caso que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia



se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

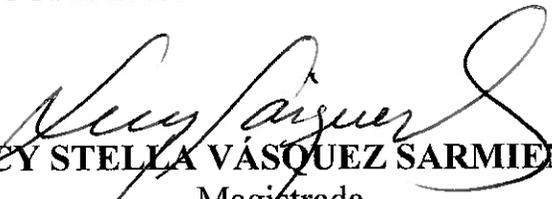
RESUELVE

PRIMERO.- PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia recurrida a efectos de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

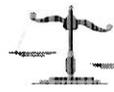
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

 Ref.: Radicación N° 11001-31-05 010 2019 00773 01. Proceso Ordinario Carmenza Santana Rodríguez contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Schro 11/16*
procur



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-005-2020-00355-01. Proceso Ordinario de Aura Contreras Arias contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, el 3 de diciembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, aportes obligatorios, rendimientos financieros y bonos pensionales, y a la



última entidad, atenerla como válidamente afiliada al RPM, sin solución de continuidad y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 12 de mayo de 1956; que se trasladó del ISS a la AFP Porvenir S.A. el 10 de mayo de 2000, sin embargo, el traslado no estuvo precedido de la debida información, por no saber sobre las ventajas y desventajas, con una nula información, a tal punto, que no se tuvo en cuenta que la actora al momento de trasladarse había cotizado un total de 514 semanas; que la demandante al 31 de diciembre de 2019, ha cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1516 semanas y al 1º de abril de 1994, contaba con 37 años de edad; que no se le indicó la posibilidad de retorno al RPM antes del 12 de mayo de 2003; que elevó solicitudes de ineficacia de traslado ante Porvenir S.A. y Colpensiones los días 5 y 9 de diciembre de 2019.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, rendimientos, frutos e intereses, y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros, activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizar su historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.



Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de Colpensiones, peticionó se revoque la sentencia proferida y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Adujo, que el sistema general de pensiones establece dos tipos de régimen para que los afiliados puedan escoger a cual desean afiliarse conforme con la Ley 797 de 2003 y como se ha ventilado, la demandante realizó traslado el 10 de mayo del 2000, sin que se pueda aducir culpa alguna del entonces ISS hoy Colpensiones y permaneció los siguientes 20 años, con el fin de obtener su derecho pensional, de lo que se advierte que al no realizarse actuación alguna por parte de la entidad al momento de la escogencia del régimen pensional, no se debe acceder al traslado, pues atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema conforme con la sentencia SU 062 de 2010, pues la señora Aura solamente solicitó el traslado en el mes de septiembre de 2020, estando en la prohibición de tiempo por cuanto contaba con 64 años de edad, debiéndose desestimar las súplicas de la demanda.

La apoderada de Porvenir S.A., solicitó se revoque la sentencia en su totalidad, teniendo en cuenta que no le asiste razón al fallador, teniendo en cuenta que para el momento del traslado no existía la obligación de la demandada de manifestar en un documento diferente al de afiliación, la debida información brindada, conforme con lo expuesto en su momento por la Superintendencia Bancaria, cumpliendo con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia de la demandante fue una decisión libre y voluntaria, ratificada con el tiempo, pues no radicó inconformidad alguna, sino hasta el momento de pedir la pensión, así como tampoco, se puede generar la nulidad por los vicios del consentimiento, pues se brindó la debida información del régimen pensional, y demás circunstancias. Finalmente, nos



oponemos a la condena en costas, pues no se obró de forma temeraria o mala fe frente a la información, pues es el resultado de la derrota en juicio y por tanto no se entiende porqué porvenir termina pagando 4 salarios mínimos y Colpensiones resulta absuelta de ellas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

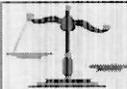
En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas



implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

¹ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...).”

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de

relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).



trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrino que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de modificar la decisión de primer grado en dicho sentido.



Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

De igual forma, debe precisarse que si bien la administradora privada señala que no se originó la afiliación desinformada, por cuanto en el interrogatorio



de parte la actora señaló algunas características del RAIS, también lo es, que no se trató de forma alguna respecto de las consecuencias o perjuicios que conlleva afiliarse al mismo régimen, por lo que la información debe comprender la totalidad de factores, tanto favorables como desfavorables con los que cuentan ambos regímenes pensionales. En igual sentido, debe señalarse que la falta al deber de información no se convalida con el paso del tiempo, pues la falencia de la administradora privada se originó al momento de suscribirse el formulario de afiliación.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la descapitalización del régimen pensional, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Finalmente, frente al reproche que se realiza respecto de la condena en costas, es necesario indicarle a administradora demandada, que si bien unos de los presupuestos para imponer dicha condena es la derrota en juicio, también lo es, que la Administradora Colombiana de Pensiones no intervino en el acto jurídico de traslado, ni negó la ineficacia por capricho, pues debía actuar bajo los fundamentos de Ley, sin embargo, la administradora privada sí intervino en el traslado y fue quien no brindó la debida información al afiliado, por lo que no es posible acceder a la absolución propuesta por la encartada.



Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las cotas de ambas instancias quedarán únicamente a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

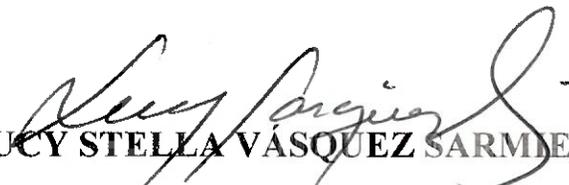
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

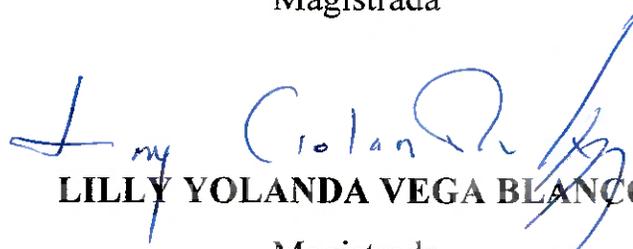
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad del demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida, en el sentido que se ordena también la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, descontados en vigencia de la afiliación de la señora Aura Contreras Arias, atendiendo las motivaciones de la decisión. **TERCERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.



QUINTO: COSTAS de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000,00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo de lo
previsto*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-000 2021 00607 01. Proceso Sumario de Gloria Andrea Molina Restrepo contra Medimas EPS S.A y Otros (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, procede a proferir de plano la siguiente,

SENTENCIA:

La señora GLORIA ANDREA MOLINA RESTREPO convocó a CAFESALUD EPS / MEDIMAS EPS para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por 98 días, en cuantía del 100%. Pretensión que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

En lo que interesa al asunto adujo la accionante que está afiliada a la EPS Cafesalud EPS S.A., hoy Medimas EPS; que dio a luz a su hijo el 16 de mayo de 2016, momento en el cual se le expide la certificación para reclamar la incapacidad por licencia de maternidad, la que se radicó en la entidad demandada por parte de su empleador Productive Resource Projects S.A.S., no obstante, la misma fue negada por Cafesalud EPS S.A. hoy Medimas EPS;



que la actora presentó un embarazo de 39 semanas, de las cuales cotizó un total de 33.68 semanas, por lo que se debe tener en cuenta la línea jurisprudencial emitida por la Corte Constitucional en sentencia T – 530 de 2017.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 4 de mayo de 2018. Corrido el traslado en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

La accionada CAFESALUD EPS manifestó que en efecto se elevó la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la que se encuentra reconocida y liquidada por la entidad, no obstante, no se ha procedido con el pago de la misma, teniendo en cuenta que la cuenta maestra del Banco de Bogotá se encuentra embargada por orden judicial. Aunado a lo anterior, señaló que la liquidación se realizó de forma proporcional al tiempo de cotización, por lo que se otorgaría por los 7 meses en los que se realizaron aportes, generándose por la suma de \$1.700.668, suma que sería cancelada una vez se proceda con el levantamiento de la medida cautelar.

Por su parte Medimas EPS SAS si bien presentó escrito de contestación al libelo demandatorio, también lo es, que quien la realizó no acreditó su calidad de representante legal, por lo que carece de facultades para representar la entidad.

Finalmente, la empleadora de la demandante sociedad Productive Resources Projects S.A.S. guardó silencio al requerimiento efectuado.



La *aquo* profirió sentencia el 10 de febrero de 2020, en la que ordenó a Cafesalud EPS en liquidación realizar el reembolso de la suma de \$1'700.668,00; conclusión a la que arribó al considerar que dicha entidad reconoció y liquidó la licencia de maternidad; no obstante, no pudo proceder con su pago con ocasión del embargo decretado en su cuenta maestra del Banco de Bogotá, advirtiendo que si bien tal situación es cierta, también lo es, que la entidad debe velar por el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, más aún, cuando los recursos con los que se cubre la licencia de maternidad son administrados por la ADRES y no por la EPS, y su pago surge a partir del momento en que se genera el derecho, que no es otro que a partir del nacimiento o parto.

Inconforme con la anterior decisión, la parte accionada Cafesalud en Liquidación a través de su apoderado interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Solicita el recurrente en el asunto se ordene al demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatorio radicando la acreencia de acuerdo con las reglas establecidas en los Decretos 663 de 1993 y 2555 de 2010

Indicó que, de acuerdo con la información reportada por el área de prestaciones económicas, la licencia de maternidad se encuentra debidamente reconocida y liquidada, advirtiendo que se encuentra pendiente de pago, pero para ello debe hacerse parte en la liquidación.

Añadió en tal sentido que mediante la Resolución 007122 del 22 de julio de 2019 se ordenó la liquidación de la accionada y que en tanto el proceso liquidatorio es un procedimiento reglado, especial y preferente, en el que debe



prevalecer el principio de igualdad entre los acreedores, debe ordenarse a la demandante hacerse parte en el mismo.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, por medio del cual se le conceden funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para fallar con carácter definitivo con las facultades propias de un juez, así como que el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate, esta Corporación en razón de este presupuesto legal, abordará el estudio de la alzada.

Ahora bien; de acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, en virtud de lo establecido en el artículo 66A del C.P.T y S.S., el análisis de la Sala se circunscribe al estudio de las inconformidades planteadas en el escrito de interposición del recurso, atendiendo las razones de disenso expuestas en la sustentación por la recurrente, ya que todo aquello cuya revocatoria no se impetra con las debidas motivaciones ha sido aceptado por la apelante.

En esas condiciones, corresponde tener en cuenta que, al no haber sido objeto de inconformidad por la recurrente, permanecen incólumes las conclusiones a las que arribó el servidor judicial de primer grado relativas al derecho en cabeza de la accionante al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, de forma proporcional al tiempo cotizado y que arroja la suma de \$1.700.668; máxime cuando la recurrente señala que de acuerdo con la información suministrada por su Área de Prestaciones Sociales, el mismo incluso fue aprobado.



De entrada corresponde señalar que pretende la recurrente que a través del trámite de la alzada se ordene a la accionante que para el pago de la referida licencia de maternidad a que tiene derecho, se le ordene acudir al trámite de liquidación de la entidad.

Al respecto, considera la Sala oportuno recordar que el objeto de la liquidación obligatoria es la satisfacción de los diversos créditos con un criterio de igualdad, en el sentido de que todos los titulares de un derecho puedan ser satisfechos con los bienes del deudor y a su vez, si es del caso, asumir ciertas pérdidas en razón de la crisis que afectó al empresario.

Pese a lo anterior, corresponde precisar que el presente trámite, es de naturaleza declarativa y como tal, en modo alguno se privilegia el derecho de la accionante respecto de los demás acreedores; tan es así que en el numeral 1° del artículo 9.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, expresamente estableció únicamente la prohibición de adelantar procesos de ejecución coactiva y naturaleza ejecutiva, juicios en los que sí es posible advertir tal desequilibrio.

Bajo tal perspectiva, en cuanto la condena impuesta en contra de la EPS Cafesalud S.A. en liquidación, al reconocimiento de la licencia de maternidad, en modo alguno transgrede o afecta el trámite de su liquidación, y debido a que la forma en que la accionante haga efectiva tal determinación, no solo escapa al trámite del presente proceso, sino que se encuentra expresamente regulado en la Ley, se confirmará la decisión de primer grado.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente.



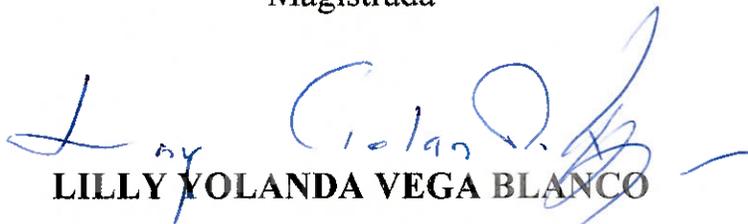
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la decisión de primera instancia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. Costas en la alzada a cargo de la recurrente, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$200.000,00. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado