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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502420200017601

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veintidós (22) de septiembre de 2022 por el Juzgado veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUÍS HUMBERTO GONZÁLEZ HERAQUE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** la **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Luís Humberto González Heraque, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se declare la ineficacia de la afiliación en pensión efectuada al RAIS a nombre de Luís Humberto González Heraque con SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., así como que las afiliaciones

posteriores carecen de validez, que se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES, que tiene derecho a la pensión de vejez, junto con el retroactivo a partir del día siguiente de la última cotización al sistema general de pensiones, en consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COPENSIONES todos los aportes pensionales cotizados por el demandante junto con los rendimientos, las deducciones por gasto de administración y descuentos para seguros de invalidez y sobrevivientes, condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez, a cancelar retroactivo generado desde la causación hasta la fecha del cumplimiento del fallo, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho, de forma subsidiaria a la primera declarativa y sexta condenatoria, declarar la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS a nombre del demandante realizada a través de AFP SKANDIA S.A. y condenar al RAIS a registrar información, indicando la nulidad por error de hecho que vicio él consentimiento.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 26 de marzo de 2018, que empezó a cotizar al RPM a través de Caja de Previsión Social Distrital el 13 de julio de 1984, que se afilio al ISS hoy COLPENSIONES a partir del 2 de diciembre de 1991, que para el 1 de abril de 1994 contaba con 586 semanas, más de 11 años de cotización, que se trasladó de régimen a través de AFP SKANDIA el 29 de enero de 1996 con la convicción de que su prestación pensional sería mejor que en COLPENSIONES, sin que se informara las diferencias entre uno y otro régimen, que a dicho fondo cotizo desde febrero de 1996 hasta junio de 2000, que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 1 de diciembre de 2002 entidad que tampoco dio información suficiente, cotizando desde diciembre de 2002 hasta agosto de 2003, que se vinculó a PORVENIR S.A. el 14 de julio de 2000 y el 31 de julio de 2003, que el 9 de enero de 2020 solicito a AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS, que el 10 de enero de 2020 se realizó la misma solicitud ante SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, a esta última, se agregó la solicitud de activación de la afiliación y el reconocimiento de la prestación de vejez, lo cual fue negado por dicha entidad el mismo día, negativa que fue reiterada por PROTECCIÓN S.A. el 15 de enero de 2020, SKANDIA S.A. el 24 de enero de 2020 y PORVENIR S.A. 29 de enero de 2020, que el demandante cumplió 62 años el 26 de marzo de 2018, que ha cotizado al sistema general de pensiones 1.822 semanas.

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Skandia S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos

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

La **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo que denomino; prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, genérica y pago. (Archivo 08ContestaSkandia.pdf).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denomino; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica. (Archivo 07ContestaPorvenir.pdf).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** propuso excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, contradicción del dictamen pericial y traslado de los aportes a otra administradora. (Archivo 09ContestacionProteccion.pdf).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de Sostenibilidad Financiera del Sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, improcedencia de declaratoria de nulidad de conformidad con la sentencia SL 373 de 2021, prescripción, innominada o genérica. (Archivo 11ContestacionColpensionesAnexosHL-ExpAdmitivo.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veintidós (22) de septiembre de 2022 por el Juzgado veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación del señor Luís Humberto González Heraque al RAIS a través de AFP PENSIONAR hoy SKANDIA realizada en el año 1997, declaro para todos los efectos legales que nunca se vinculó al RAIS, al contrario,

siempre permaneció en el RPM, ordeno a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del C.C., trasladando todo lo que se encuentre en la cuenta individual de ahorro del demandante junto con los rendimientos causados y los valores que se hayan deducido por concepto de gastos de administración y aportes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados, ordeno a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES lo deducido por concepto de gastos de administración debidamente indexados, ordeno a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado, actualizar y corregir la historia laboral una vez se reciban los dineros trasladados por PROTECCIÓN S.A., condeno a COLPENSIONES a que una vez reciba los dineros trasladados, reconozca y pague pensión de vejez (art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por Ley 797 de 2003), a favor del demandante a partir del momento en que acredite su retiro definitivo al sistema, por 13 mesadas pensionales al año, más los incrementos de ley, autorizó a COLPENSIONES descontar del retroactivo pensional del demandante los aportes correspondientes al sistema general de seguridad social en salud, declarar no probados los hechos sustento de las excepciones, sin costas.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, Skandia S.A. y Porvenir S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera parcial la condena impuesta en el numeral 4, argumentó que; no es procedente condenar a la devolución de gastos de administración, debidamente indexados, ya que la ley autoriza dichos descuentos, pues la entidad administra la cuenta del afiliado y garantiza una rentabilidad, así como la acción de cobro frente a moras y cubre prestaciones por contingencias de enfermedad, invalidez y muerte en favor del afiliado y sus beneficiarios, debiendo ponderarse lo correspondiente a las restituciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe, también es improcedente la indexación, dado que no procede ante la rentabilidad de la cuenta individual del demandante.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se absuelva Porvenir S.A., para lo cual argumentó que; el demandante al momento del traslado actuó como una persona capaz, además de que el traslado obedeció a circunstancias ajenas a la entidad, teniendo en cuenta que este se realizo con Skandia, que el demandante tenia el deber de

informarse de las condiciones del servicio adquirido y exigir las explicaciones, por el contrario realizo varios traslados horizontales, los cuales se han denominado actos de relacionamiento, que ratifican la búsqueda de mejores rendimientos por parte del afiliado, de manera relevante, hace referencia a la procedencia de la indexación y los conceptos objeto de descuento, alegando que vulnera el patrimonio de la entidad y genera un enriquecimiento sin justa causa para el demandante, por lo que es incompatible la condena.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES,** presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico entre el demandante y SKANDIA, que el mismo tiene efectos inter partes, por lo tanto no puede ser la entidad perjudicada, ya que esto afecta el equilibrio financiero de la entidad, pues debe entrar a reconocer una prestación pensional, además la ley indica que el afiliado no puede trasladarse cuando le faltan 10 años o meno para adquirir el derecho pensional, así las cosas, de no acogerse los anteriores argumentos, indica confirmar el reintegro del ahorro junto con los rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, lo destinado a seguros previsionales y el fondo de pensión de garantía mínima.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente PORVENIR S.A. reitera la solicitud de revocatoria de la sentencia de primera instancia, manifestando que ninguno de los presupuestos legales, alegados resultaron demostrados en el proceso, en el entendido que el traslado se realizo con la verificación de la voluntad del afiliado, que debe tenerse en cuenta lo correspondiente a las restituciones mutuas de que trata el art. 1746 del C.C., las cosas deben ser restituidas al mismo estado en el que se hallarían si no hubiera existido el negocio o contrato nulo, pues el condenar de forma masiva, sin estudiar la solicitud se crea un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, ya que el Legislador garantizo la libertad de elección de régimen pensional en cabeza del afiliado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva. La apoderada de la parte demandante solicita se confirme la sentencia proferida en primera instancia en la que se accede a las pretensiones de la demanda, por último, COPENSIONES insiste los argumentos expuestos en el recurso de apelación, haciendo énfasis en que existen obligaciones reciprocas, deberes que deben cumplir los consumidores financieros, informándose adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Skandia S.A. y Porvenir S.A. están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada y **iv)** si COLPENSIOENS debe entrar a reconocer y pagar pensión de vejez en favor del demandante. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 10 de enero de 2020 y su respuesta, donde le fue negado la nulidad de la afiliación al RAIS y consecuente traslado al RPMPD (Archivo 01DemandaAnexos.pdf, fls. 69 a 77).

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y

cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

Allí también, se dijo que los traslados de administradoras en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no convalidan, ni ratifican la decisión del traslado del RPM al RAIS.

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de

ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

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

> "*En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado,* ***no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***
>
> ***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***
>
> *En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la perdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia,* ***si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.****"* (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones,** concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

Etapa acumulativa	*Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información*	*Contenido mínimo y alcance del deber de información*
Deber de información	***Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993*** ***Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003*** ***Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal***	***Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales***
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa N° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio especifico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las

disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el veintiséis (26) de marzo de 1956 (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fl. 39), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES entre el 2 de diciembre de 1991 al 31 de enero de 1996 un total de 155.14 semanas (Archivo 11ContestacionColpensionesAnexosHL-ExpAdmtivo.pdf, fl. 62), además de aportes realizados a Cajas de Previsión Social, iii) que el veintinueve (29) de enero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PENSIONAR hoy Skandia S.A., con fecha de efectividad desde el 1 de febrero de 1996 (archivo 08ContestaSkandia.pdf, fls. 209 y 239). vi) que hizo varios traslados horizontales en el RAIS con PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y vii) que según la historia laboral aportada en la actualidad cuenta con 1.826 semanas cotizadas (Archivo 07ContestaPorvenir.pdf, fl. 107).

Del interrogatorio de parte practicado al demandante en ningún momento acepto algún hecho que le fuera adverso o que favoreciera a algún fondo de pensiones, pues de su dicho se puede extraer que previo al momento de la vinculación no recibió la información debida, ya que es evidente de lo manifestado que no conoce todas y cada una de las características de los regímenes pensionales, situaciones concretas y que ampliamente fueron indagadas una a una por el Despacho y los apoderados de las partes, por el contrario de lo referido no conoce las características, ni diferencias de cada uno de los regímenes pensionales.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.",* tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada

uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Skandia S.A., PROTECCIÓN S.A. y Porvenir S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al afiliado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Luís Humberto González Heraque asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incursa en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las

restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

"Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(…)

De modo que, ***a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

En el sub lite, ***la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.*** *Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(…)

De modo que, en este caso, ***la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.*** *Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.*

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

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

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

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

(…)

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

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte a la demandante, se establece que la misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de las demandadas Skandia S.A. y Porvenir S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca aporto pruebas documentales en las que conste los aportes de la demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

Respecto a la tesis de actos de relacionamiento esta no es admisible, pues la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 5686 de 2021, dijo: *"La teoría de los actos de relacionamiento para determinar una afiliación o desafiliación tácita no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado, dado que la migración de la persona del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y posteriores tránsitos entre fondos privados implican una afiliación expresa -ni la afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan la información debida y suficiente del afiliado acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros*

que asumiría en cada uno de ellos- El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.".

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Skandia S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Skandia S.A. el veintinueve (29) de enero de 1996 con efectividad el 1 de febrero de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A FAVOR DEL DEMANDANTE Y A CARGO DE COLPENSIONES

Se duele la parte demandada del hecho que la A quo condeno a la administradora al reconocimiento de la pensión de vejez, luego de declarar la ineficacia de su traslado al RAIS.

Sobre el particular, se procede con el estudio de la prestación de vejez solicitada, en los términos reseñados en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que dispone:

> ***"ARTÍCULO 9o.*** *El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
>
> *Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
>
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*
>
> *(…)"*

Tenemos entonces que el señor Luís Humberto González Heraque, nació el 26 de marzo de 1956, por lo que cumplió 62 años de edad el 26 de marzo de 2018, cumpliendo con el primer requisito para el reconocimiento del derecho pensional.

En cuanto a las semanas exigidas por la norma, el demandante cuenta con un total de 1.826 semanas cotizadas, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a través del ISS hoy COLPENSIONES o a Cajas de Previsión Social, así como las cotizadas a fondos privados administradores del RAIS; conllevando esto a que se cumpla con el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez; por cumplir 62 años de edad en el año 2019 y haber acreditado más de 1.300 semanas de cotización.

Ahora bien, se advierte que el demandante no cuenta con fecha de retiro, según se avizora del reporte de semanas cotizadas al fondo de pensiones privado PORVENIR S.A., de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, de las pruebas obrantes en el expediente, no es posible inferir con total certeza que ya no esté realizando cotizaciones y se haya retirado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Acorde con lo expuesto, la prestación queda supeditada a que se cumpla con este requisito, es decir, el retiro efectivo; tal como lo indico la *A quo*, hasta tanto, no se verifique el retiro del sistema. Ahora bien, cabe precisar que en el momento en que la entidad pública haya recibido los conceptos ordenados en la sentencia de primer grado, deberá determinar el monto de la mesada pensional con el IBL de los últimos 10 años o todo el tiempo cotizado, según le resulte más favorable al afiliado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintidós (22) de septiembre de 2022 por el Juzgado veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **Luís Humberto González Heraque** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** la **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de $1.160.000.oo pesos, en favor de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL