

 República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 004 2020 00409 01. Proceso Ordinario Ofelia Ramírez Bonilla 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 las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la última entidad en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, en forma principal, que previo reconocimiento de su condición de beneficiaria del régimen de ahorro individual con solidaridad y que le es aplicable la excepción a la garantía estatal de pensión mínima; se condene a la AFP Porvenir S.A. a pagarle la devolución de aportes incluyendo el valor del bono pensional tipo A, junto con los rendimientos financieros a partir del 1° de agosto de 2017, junto con los intereses de mora.



En subsidio de las anteriores pretensiones solicitó, previa declaración de la ineficacia de su traslado en pensiones a la AFP Porvenir S.A. al no habersele dado por parte de ésta información clara, precisa, oportuna y veraz sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS; se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes efectuados a su favor junto con los rendimientos financieros y a Colpensiones a activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 1º de agosto de 1960 y se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A. el 5 de abril de 1999.

Afirmó que los asesores de la AFP Porvenir S.A. le dijeron que trasladándose a dicha administradora tendría una cuantía de pensión mucho mejor a la que le reconocería el Instituto de Seguros Sociales, que podría pensionarse a una edad menor y con el monto que quisiera, sin explicarle cómo podía acceder a dichos beneficios.

Agregó en el mismo sentido que el asesor de la AFP Porvenir S.A. le indicaron que si pasado el tiempo se aburría de estar en el fondo privado podría solicitar la devolución de sus aportes cuándo quisiera, y que el Instituto de Seguros Sociales se iba a quebrar; sin darle a conocer las características y condiciones en que se reconoce el derecho pensional en uno y otro régimen pensional.

Indicó que como no completaba el capital necesario para pensionarse y no dependía de la pensión al contar con otras rentas e ingresos, solicitó la devolución de saldos, la cual fue negada por la AFP Porvenir S.A.



Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones señaló no oponerse ni allanarse a las pretensiones principales en tanto se encontraban dirigidas en su contra; y se opuso a las pretensiones subsidiarias, de un lado, porque si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información brindada por parte de los asesores de la AFP Porvenir S.A.; y de otro, porque la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación en cabeza Colpensiones y/o falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen, el error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, entre otras.

Y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por su parte indicó que en tanto la garantía a la excepción de pensión mínima prevista en el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, frente a quienes devengaran ingresos superiores al salario mínimo mensual legal vigente fue derogada, no podía efectuar la devolución de saldos; frente a las pretensiones subsidiarias indicó que el acto de traslado es válido en la medida que suscribió la solicitud de vinculación de forma libre, espontánea y son presiones, luego de haber recibido la asesoría integral. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, entre otras.

En la primera audiencia de trámite el apoderado de la demandante desistió de las pretensiones principales y frente a las demás súplicas de la demanda, el juez *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado en el mes de abril de 1999; condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y



comisiones de seguro debidamente indexadas, y condenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. se opuso a todas y cada una de las condenas impuestas en contra de su representada, para lo cual expuso en primer término que la falta de realizar cualquier proyección no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado en tanto que el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplidos los requisitos y que puede variar de afiliado a afiliado dependiendo de su historia personal y laboral.

Aduce que no se demostró que su representada haya obrado de mala fe al haber ocultado información, pero que lo que sí se puede advertir es que la accionante permaneció afiliada durante más de 19 años y que endicho tiempo tuvo acceso a los mecanismos brindados por su representada para absolver todas sus dudas.

Sostiene que se aparte a la línea jurisprudencial y conceptos existentes en relación con la carga de la prueba, pues a su juicio la misma se encuentra a cargo del demandante; y agregó en el mismo sentido que no se le puede imponer a su representada una carga probatoria soportada en lo que prevé la Ley 1328 de 2009, cuando la afiliación ocurrió hace más de 19 años



Finalmente indicó que no se puede condenar a su representada a la devolución de los gastos de administración, pues el descuento que por dicho concepto se realizó de acuerdo con lo establecido en la ley, de manera que ordenar su devolución resulta a su juicio inequitativo al despojar a su representada de sumas causadas por su actividad administradora por más de 19 años, con mayor razón cuando los incrementos son producto de su buena gestión y ello no hubiera ocurrido en el régimen de prima media, en donde hay un fondo común.

En similar sentido la apoderada de Colpensiones solicita se revoque la sentencia proferida, para la cual aduce, de un lado que de acuerdo con el criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL1038 de 2015 y SL373 de 2021, el traslado de la demandante procedería si fuera beneficiaria del régimen de transición.

A lo anterior agrega que en el formulario de afiliación que fue suscrito por la demandante se evidencia su intención libre y voluntaria de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad; sin que se hubiera probado alguna clase de presión al momento de la afiliación; y que, además, tampoco se evidenció la voluntad de la accionante de averiguar por su estado pensional respecto 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 ineficacia 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 es procedente ordenar a la AFP Porvenir el traslado de los gastos de administración.

En lo que respecta a la ineficacia de traslado del demandante, 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



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

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."



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 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; obligación que por demás, 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, en concordancia con los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.



Dilucidado lo anterior, se advierte 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”*; 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 declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado 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.

Se considera oportuno precisar que si bien en los casos referidos por la apoderada de Colpensiones se analizó la ineficacia de personas que eran beneficiarias del régimen de transición; de ello no es posible deducir que dicha condición sea un supuesto necesario para poder declarar la ineficacia, conclusión a la que por demás arribó la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL1497 de 2022.

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 como la demandante continúa afiliada a la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluidos los gastos de administración y las primas de seguros previsionales; de manera que se confirmará la determinación que sobre el particular acogió el servidor 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, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y permite a la afiliada conservar los rendimientos causados.

Ahora, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a



las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra, razón por la que también se adicionará la decisión de primer grado en este sentido.

De otra parte, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante 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.

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 en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, de cumplimiento a las órdenes que le fueron impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.



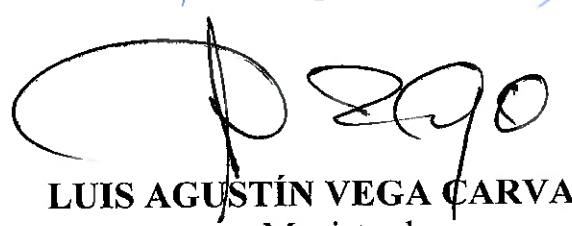
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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