



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036202000354-01

En Bogotá D.C., hoy diecisiete (17) de febrero 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 Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JAIRO ALBERTO RIVEROS RIVEROS** en contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

ANTECEDENTES

JAIRO ALBERTO RIVEROS RIVEROS, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declare la nulidad del traslado del señor JAIRO ALBERTO RIVEROS RIVEROS del RPMPD al RAIS, efectuada por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE HOY PORVENIR S.A., ante la omisión de éste Fondo del deber de informar, con prudencia y pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones económicas que obtendría en el RAIS, así como los riesgos, beneficios y desventajas; solicitó que como consecuencia de lo anterior, se condene a la Sociedad Administradora Pensiones y Cesantías - COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, como las cuotas de administración, entre otras; como consecuencia de lo anterior, condenar a COLPENSIONES, a recibirlo como afiliado con los valores

obtenidos mientras estuvo vinculado al RAIS, y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el RAIS; requirió que se condene a la demandada Sociedad Administradora Fondo de Pensiones y Cesantías PORVERNIR S.A. y al Fondo de Pensiones y Cesantías - COLFONDOS S.A., al pago de los perjuicios morales ocasionados, debido a la omisión de información importante al momento de la realización del traslado pensional y solicitó que sean tasados; que se condene a las demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso de manera extra y ultra petita; finalmente solicitó que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta el valor de los saldos de la cuenta de ahorro individual pensional al momento de su tasación, y las agencias sean liquidadas según lo preceptuado por el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

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 día 08 de julio de 1955, que en la actualidad cuenta con 65 años de edad; indicó que estuvo afiliado al RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, desde el 01 de abril de 1978 hasta el 28 de febrero del 1991, acumulando un total de 87.57 semanas; que en el mes de agosto 1997, se trasladó al RAIS administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., que posterior a ello, en el mes de julio de 2009, se trasladó al FONDO DE PENSIONES CESANTIAS COLFONDOS S.A., fondo en el cual se encuentra actualmente; manifestó con antelación a su traslado al RAIS, el FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., mediante sus asesores, le dieron una información general y no personalizada; que en su traslado, el FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS HORIZONTE HOY PORVENIR S.A. así como el FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS COLFONDOS S.A., en ningún momento, le informó, que todo el aporte mensual realizado no iría a su cuenta de ahorro individual, y que parte de este aporte se utilizaría para el pago de primas de seguros, para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, que la asesoría para la contratación de renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen, en consecuencia incidiría en el monto de su pensión; que ninguno de los fondos, le brindaron información de carácter individual y personalizada sobre el régimen que más le convenía, analizando elementos como su historia laboral, edad, el tiempo que llevaba cotizando o laborando, para determinar qué régimen le era más favorable, y cómo influiría eso en su pensión, ni las condiciones requeridas para pensionarse anticipadamente en el RAIS, el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder adquirir el derecho a una pensión y con qué monto, o para adquirir una pensión a una determinada edad, o para mantener su mínimo vital; como tampoco le informaron sobre la tasa de remplazo en relación con la pensión de vejez en el RAIS; manifestó que adicionalmente, tanto el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS

HORIZONTE HOY PORVENIR S.A., como EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. en ningún momento, después del traslado y durante la ejecución de la relación contractual le brindaron una asesoría que le permitiera conocer la modificación, transformación o estado de su situación pensional en el tiempo, y la expectativa real de pensión que tendría al mantenerse en el RAIS, que le permitiera comprender su situación individual y decidir libre e informadamente de mantenerse o retornar a COLPENSIONES, explicó que el 03 de junio de 2020 recibió asesoría respecto de su interés de traslado y radicó ante el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., solicitud de traslado a COLPENSIONES y simulación pensional en RAIS, que el 08 de junio de 2020 recibió asesoría respecto de su interés de traslado y radicó solicitud de traslado del Régimen ante COLPENSIONES, que con oficio de fecha 10 de junio de 2020 COLFONDOS S.A., respondió indicándole que no puede ser beneficiario del traslado por el régimen de transición, porque no cumple con el requisito 11.3.1 de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, Título IV Capitulo, teniendo en cuenta que consultada la historia laboral reporta 87.57 semanas, siendo necesario 750 semanas, que mediante oficio calendado el 09 de junio de 2020 COLPENSIONES le informo que de acuerdo a lo solicitado, no es procedente anular la afiliación por cuanto el traslado fue realizado en el ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen, indicó que tiene acumulado en el RAIS un capital de \$127.906.263.00, que la AFP COLFONDOS no registra ningún valor de bono pensional a la fecha, que la AFP COLFONDOS S.A. le manifestó que no es procedente realizar la simulación de la mesada pensional, teniendo en cuenta que a la fecha cuenta con más de 62 años de edad y el capital no es suficiente para definir la proyección, que de acuerdo con el cálculo actuarial de los últimos 10 años su IBL oscila en \$2.616.858.00 y según historia laboral, tiene cotizados 1.300 semanas; advirtió que al realizar el cálculo de la pensión de vejez en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, se obtiene una mesada pensional por valor de \$1.672.695.00, resultando muy beneficioso para él, pues como se refirió con antelación el RAIS, administrado por COLFONDOS S.A.

Contestación de la demanda

Notificadas las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas. Por su parte la demandada PORVENIR S.A. guardo silencio y se tuvo por no contestada la demanda.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, 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), cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica. (archivo 05 fls. 19 a 24).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado - compensación y pago. (Archivo 04 fls. 14 a 16).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 10 de mayo de 2022, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, decidió absolver a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS de todas las pretensiones incoadas en su contra, por el señor JAIRO ALBERTO RIVEROS RIVEROS; condenó en costas al demandante.

Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante señor JAIRO ALBERTO RIVEROS RIVEROS, interpuso recurso de apelación, argumentando que, como los hechos de la demanda lo exponen, el actor para la fecha de 28 de febrero de 1991, se encontraba inactivo, no por no querer cotizar al sistema, sino por razones ajenas a su voluntad, presentaba crisis en la situación laboral, indicó que en el momento que el demandante se vinculó a laborar y se afilió al fondo privado, en ningún momento le brindaron información suficiente, que le permitiera tomar la decisión de continuar en el RPMD o de realizar el traslado al RAIS, porque el asesor de PORVENIR S.A., se le acercó al actor con el formulario y el contrato ya diligenciado para la firma, que no se le dio el elemento del consentimiento informado, no tuvo otra opción, se le impuso como alternativa solo firmar porque era HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el fondo con el que trabajaba la empresa en ese entonces, advirtió que se puede evidenciar que el actor no tuvo elección diferente, dijo que en las condiciones particulares como se firmó el formulario luego de haber cesado laboralmente el actor desde 1991, se dé el mismo tratamiento de la ineficacia por adolecer de un consentimiento exento de vicios, se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones incoadas en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la parte demandante guardo silencio, todo lo contrario sucede con las demandadas quienes manifestaron; Porvenir S.A. solicito se confirme la sentencia apelada ya que el demandante nunca estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, haciendo uso de su derecho de libre escogencia consagrado en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que no procede la declaración de ineficacia, COLPENSIONES argumento que el demandante no tiene derecho a lo pretendido y enlisto varias situaciones como; su derecho a escoger régimen libremente, que el deber de información nació a partir de una ley expedida en 2014, que el demandante no tiene derecho adquiridos, ni mera expectativas, entre otras circunstancias, sin embargo, se contradice al peticionar se revoque la sentencia de primera instancia, por último, COLFONDOS S.A. pretende se confirme el fallo de primera instancia por cuanto no es claro que la entidad no haya brindado información cierta y suficiente al demandante.

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 establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá estudiar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de primera instancia, al absolver a las demandadas de las pretensiones del demandante, para lo cual deberá verificar si el demandante ante de su afiliación al RAIS estuvo vinculado al RPM que implicación tiene ello, así como si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y en caso afirmativo si la llamada a recibirla es Colpensiones.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 08 de junio de 2020 y su respuesta el 09 de junio de la misma anualidad. (fls 63 – 65 archivo 03).

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

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de

Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

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

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

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

Criterio ratificado en 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 del actor.

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

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

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida 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;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
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
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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 perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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 específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que; el demandante nació el 08 de julio de 1955 (fl. 59 Archivo 03); cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de abril de 1978 y el 28 de febrero de 1991 un total de 87,57 semanas (Archivo 03 historia laboral); que el 01 de agosto de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de octubre de 1997; posteriormente, el 28 de mayo de 2009 se trasladó a COLFONDOS S.A. con fecha de efectividad del 1 de julio de 2009 (Archivo 16) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP.

De lo anterior, podemos observar que el señor Jairo Alberto Riveros Riveros, dejó de cotizar en el régimen de prima media con prestación definida por un tiempo, hasta que se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad pasando 5 años y 6 meses, sin embargo, **la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado, por lo que la afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios periodos**, pero se pasa a la categoría de afiliados inactivos, cuando ha transcurrido más de 6 meses en el no pago de cotizaciones.

Así se expuso, por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en providencia No. SL4282-2022 proferida por el M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga en relación con la afiliación y su permanencia;

“La afiliación al sistema general de pensiones es permanente y no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios periodos; el afiliado pasa a la categoría de inactivo cuando tiene más de seis meses de no pago de cotizaciones.”.

En consecuencia, el argumento esgrimido por la A quo para no conceder lo pretendido es insuficiente y va en contravía de los postulados jurisprudenciales, toda vez que el demandante se encontraba afiliado al RMP como cotizante inactivo sin que entonces pudiese desconocerse la afiliación a dicho régimen, antes del traslado al RAIS, situación por demás que no exime al fondo de pensiones del simple deber de información.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. y Colfondos S.A. estaban obligados en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al afiliado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, los fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Riveros Riveros 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 de los fondos 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.

Habida cuenta que en este asunto se incumplió con el deber de información cuando las demandadas PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. enseñaron 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, sin que se evidencie algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante a Porvenir S.A. el 1 de agosto de 1997 con efectividad el 1 de octubre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto revocar la sentencia de primera instancia que se abstuvo de declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación inicial al RAIS.

En conclusión, no asiste razón a la juzgadora de primera instancia en cuanto dispuso la absolución de las demandadas

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.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por Jairo Alberto Riveros Riveros en contra de la Administradora Colombiana de

Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. y Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación que efectuó el demandante Jairo Alberto Riveros Riveros a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., el 1 de agosto de 1997 con efectividad a partir del 1 de octubre del mismo año, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del Instituto de Seguros Sociales.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. a trasladar a todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, incluidos 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 con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las llamadas a juicio.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia quedaran a cargo de las demandadas, dadas las resultas del proceso, las cuales deben ser tasadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105012202100338-01

En Bogotá D.C., hoy veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. 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 Colfondos S.A. y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de septiembre de 2022 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **RUBÉN OSWALDO QUINTERO CASALLAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, 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

Rubén Oswaldo Quintero Casallas promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Sociedad Administradora de

Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por Colfondos S.A.; que se condene a Colfondos S.A. a entregar o restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, tales como cotizaciones con todos los rendimientos que se hubieren causado; que como consecuencia de lo anterior, se anulen las vinculaciones efectuadas de manera horizontal, así como a remitir los valores que aun obren en la cuenta de ahorro individual de tales AFP; que se condene a Colpensiones a recibirlo como afiliado, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculado en el RAIS, y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que estuvo afiliado en el Instituto de Seguros Sociales desde el día 12 de mayo de 1987; que entre el día 11 de diciembre de 1990 y el 31 de agosto de 1995 aportó para pensión en la Caja Nacional de Previsión Cajanal; que el 1 de septiembre de 1995 fue trasladado el RAIS administrado por Colfondos S.A., sin que al momento de la afiliación hubiese sido informado sobre las diferencias entre ambos regímenes pensionales, así como tampoco sobre las implicaciones de su decisión.

Refiere que para el año 1998 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., y en marzo del 2000 a la AFP Protección S.A., sin que ninguna de las administradoras lo hubiese asesorado de manera clara, rigurosa y completa, respecto al régimen pensional que administraban.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Colfondos S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo el relacionado con la afirmación del demandante de encontrarse actualmente cotizando a dicho fondo. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra; frente a los hechos en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de fondo que denominó

prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Protección S.A. se opuso a las pretensiones dirigidas ante la entidad; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo el relacionado con el traslado del demandante a dicha entidad. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a la AFP Colfondos, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, reconocimiento de restitución mutua en favor 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, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la afiliación del demandante al ISS, la petición elevada por el actor a la entidad y su contestación. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de septiembre de 2022 el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor Rubén Oswaldo Quintero Casallas del RPMPD al RAIS administrado por Colfondos S.A. el 27 de julio de 1994; declarar válidamente vinculado al demandante al RPMPD; condenar a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, y demás rubros que posea el demandante debidamente indexados; condenar a Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante; condenar a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegren las AFP con motivo de la

declaratoria de ineficacia, y una vez ingresen los dineros, a actualizar su información en la historia laboral; declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a las demandadas, y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colfondos S.A. y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A. solicita la revocatoria del numeral 3 de la sentencia proferida en primera instancia, en tanto se ha condenado a la entidad a un reintegro de manera indexada. Considera que en virtud del traslado horizontal que efectuó el demandante para el año 1998 se administró de manera diligente unos recursos en pensión, los cuales generan una serie de rendimientos financieros, los cuales fueron debidamente trasladados en su oportunidad hacia la AFP Protección S.A., desconociendo la a quo la debida gestión de los recursos, máxime, cuando estos tienen sustento legal.

COLFONDOS S.A. aduce que al demandante se le dio toda la información clara, completa y suficiente, oponiéndose así, a la sentencia proferida en primera instancia, mediante la cual se declara la ineficacia de la afiliación, comoquiera que la misma se presentó ejerciendo su derecho de escoger régimen pensional, siendo el RAIS la elección del demandante; que los asesores de la entidad le brindaron al actor una asesoría integral y completa, frente a las implicaciones de su traslado realizado de manera horizontal, información que se brindó de manera verbal.

Asimismo, se opone a la condena mediante la cual se dispone que la entidad debe asumir las mermas destinadas a la financiación de pensión de invalidez, así como la indexación de la devolución de los emolumentos ordenados.

Subsidiariamente, solicita que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, solamente se ordene a la entidad a la devolución de cotizaciones y rendimientos, revocando los demás conceptos que han sido objeto de recurso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandada Porvenir S.A. dentro término allegó alegatos de conclusión, reiterando que el traslado de la parte actora se dio de manera

libre y voluntaria, habiendo el a quo realizado una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo 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 Porvenir S.A. y Colfondos S.A. están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, y **iii)** si la devolución de los emolumentos debe darse de manera indexada. 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, 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.

DE LA NULIDAD Y/O 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 nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, 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 pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa el historial de vinculación del demandante, en tanto no se allegaron los formularios de traslado del RPMPD administrado por Cajanal¹ (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por Colpensiones) a Colfondos S.A.; formulario de vinculación allegado por Porvenir S.A., diligenciado el 23 de julio de 1998

¹ El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “*respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan*”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

por el actor; formulario diligenciado con Protección S.A. el 10 de marzo del año 2000; asimismo se recepcionó el interrogatorio de parte del señor Rubén Oswaldo Quintero, quien manifestó que actualmente no se encuentra pensionado; que en 1994 se les indicó que Cajanal desaparecería, por lo que debían afiliarse a un fondo cualquiera; que al llegar a su trabajo, había un stand de Colfondos S.A. y efectuó la afiliación; que cuando se acercó al stand de dicha AFP no recibió ninguna asesoría diferente a aportar datos personales, y que lo hizo únicamente en el entendido de que era un requisito para seguir aportando.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Colfondos S.A. y las demás AFP, obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Rubén Oswaldo Quintero Casallas asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que el actor sigue siendo afiliado al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

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.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Colfondos S.A. el 27 de julio de 1994 se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS o los traslados horizontales no generan la consecuencia de validar la afiliación.

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

ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación del fondo demandada. 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 nulidad de traslado señala:

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

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

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

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

general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable 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.”

Ahora, en cuanto la indexación 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, con el fin de contrarrestar los efectos en mención.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

En suma, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Colfondos S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Por último, y si bien se opuso la apoderada de Colfondos S.A. a la condena frente a la cual la entidad debía asumir las mermas destinadas a la financiación de pensión de invalidez, lo cierto es que no presentó razón o argumento alguno para que fuese estudiado en la presente instancia.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

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 13 de septiembre de 2022 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Rubén Oswaldo Quintero Casallas en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la Administradora 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: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colfondos S.A. y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado