



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105033201900656-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Luis 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 14 de junio de 2022 por el Juzgado Primero (1) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA CATALINA PATIÑO GARCÍA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, 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 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, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Henry Darío Machado, identificado con cédula de ciudadanía No. 77.091.125 y tarjeta profesional 248.528 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

María Catalina Patiño García promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, 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 nulidad e ineficacia del traslado de la afiliación realizada al RAIS administrado por Porvenir S.A. y Protección S.A.; condenar a

Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados, junto con sus rendimientos, frutos, intereses, gastos y cuotas de administración, seguros y demás emolumentos; condenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados, junto con sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos; que se ordene la activación de la afiliación en el RPMPD; condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, una vez acredite los requisitos contemplados; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 19 de diciembre de 1968, contando con 50 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que para el año 1995 se afilió de manera inicial al régimen pensional administrado por los fondos de pensiones privados, en tanto con el sistema contenido en la Ley 100 de 1993 se empezó la gestión comercial de venta.

Refiere que no fue asesorada por Porvenir S.A. para el momento en que se trasladó, pues solo se le informó que el RAIS tenía muchas ventajas, sin que se hubiese explicado en detalle cómo estaba diseñado cada régimen pensional, situación que igualmente se evidenció con Protección S.A.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación administrativa elevada ante la entidad. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda. Frente a los hechos en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarles. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Por su parte, Protección S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó únicamente los hechos relacionados con la edad de la demandante, y el traslado que se efectuó a dicha AFP. 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 y del sistema general de pensiones, favorabilidad del RAIS frente al RPMPD en el caso particular, 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 en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de junio de 2022 el Juzgado Primero (1) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado por la señora María Catalina Patiño García a Porvenir S.A.; ordenar a Protección S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y todas las sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, quien deberá recibir la afiliación de la demandante en el régimen de prima media, y aceptar los dineros que le fueren trasladados; declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a las AFP demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de las demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A. presentaron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A.: Aduce que no se comparte la decisión, ni los efectos jurídicos a la ineficacia declarada, en tanto se resta valor probatorio al formulario de afiliación, el único que era exigible para la data de la vinculación; asimismo, que la AFP le dio información completa y veraz a la demandante.

Refiere que, en caso de declararse la ineficacia o nulidad del traslado de régimen, no habría lugar a devolverla a un régimen al que nunca perteneció, sin que hubiera demostrado interés para pertenecer al RPMPD, en tanto nunca perteneció a dicho régimen, desconociendo así los requisitos del traslado de régimen.

PROTECCIÓN S.A.: Manifiesta el apoderado que la afiliación realizada se efectúa con el lleno de los requisitos, máxime, cuando no es posible que los fondos hubiesen negado la afiliación a la actora, en el momento en que los escogió para la vinculación, aún más, cuando en el caso concreto no se evidencia vinculación con el RPMPD, sin que se puedan retornar las cosas a su estado anterior.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en sus contestaciones de demanda, al considerar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta el grado jurisdiccional concedido a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y los aspectos apelados por Protección S.A. y Porvenir S.A.

DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – RAIS

Como quiera que punto álgido de la alzada se contrae a que no se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, quien con anterioridad a dicho régimen no había estado afiliado al RPMPD, conveniente resulta hacer las siguientes precisiones en cuanto a la obligatoriedad de la afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones, tratándose de trabajadores dependientes.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 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).

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

o ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto indispensable que en realidad se trate de un traslado de régimen y no, como aquí aconteció, de una vinculación inicial, para luego, entrar a analizar 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.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, no se evidencia por parte de la Sala, que con anterioridad a la afiliación del demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., esta hubiese estado afiliada al RPMPD, por lo que no es dable dar aplicación a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, pues como es sabido la misma trae como consecuencia principal la de negarle efecto al mismo -traslado-, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, reflexión que por tanto conduce a otorgar la razón a las entidades recurrentes, pues no puede la parte actora pretender asimilar la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen con la declaratoria de la nulidad de la afiliación, invocando para tal propósito la falta de información completa y veraz sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, máxime cuando en tratándose de una vinculación inicial con Porvenir S.A. y posteriormente con Protección S.A., es evidente que contó con la posibilidad de cambiar de régimen dentro del término concedido por la ley, sin la necesidad de promover esta acción.

Al respecto conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 89171 del 14 de junio de 2022 M.P Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en la que frente a los efectos jurídicos con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señaló: *“El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala y frente al cual debe advertirse que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual falencia, entre ellos los cambios que se lleven a cabo a los diversos Fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ SL4025- 2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL 4064- 2021)”*, de suerte que en el *sub judice*, se está ante la imposibilidad de disponer un retorno a un régimen del que nunca hizo parte la demandante, por lo que pretender dejar sin efectos su afiliación al RAIS lo único que traería como consecuencia es que se considerara como si no hubiera estado afiliado al sistema general de pensiones, situación que no se corresponde con la presente demanda.

Y es que la nulidad o ineficacia del traslado tiene como finalidad, precisamente, que se reconozca que todo afiliado a cualquiera de los dos regímenes (RPMPD – RAIS) cuando quiere hacer un traslado entre ellos, debe ser informado sobre las diferencias entre los beneficios que ofrece un fondo privado de pensiones y

Colpensiones, pues así lo contempla el inciso primero del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010, al señalar que: *“Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones”*, buen consejo que debe ser ofrecido tanto por Colpensiones como por el fondo privado de pensiones al momento del traslado tal y como lo prevé el segundo inciso ibídem al puntualizar que: *“Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.”*, sin que sea cualquier asesoría ya que lo que se procura es que el afiliado tenga plena conciencia de las consecuencias y efecto del traslado para que tome una decisión informada, y para ello la norma exige que tal asesoría debe contemplar por lo menos los siguientes aspectos: **i)** Probabilidad de pensionarse en cada régimen; **ii)** Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente; **iii)** Proyección del valor de la pensión en cada régimen; **iv)** Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen; **v)** Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación; **vi)** Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia establezca.

Por lo expresado, es dable concluir que la nulidad o ineficacia del traslado sólo es posible si el demandante demuestra en juicio que no se recibió esa asesoría, o que no se recibió en las condiciones exigidas por la ley, considerando este colegiado indispensable, que la parte que intente demandar dicho acto, hubiese pertenecido al régimen al que desea retornar.

Las reflexiones en precedencia se muestran suficientes para revocar la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, pese a la ausencia de afiliación existente al RPMPD, conforme las razones aquí expuestas, y, precisado lo anterior, se abstiene la sala del estudio de los demás aspectos apelados.

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 14 de junio de 2022 por el Juzgado Primero (1) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en

su contra, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

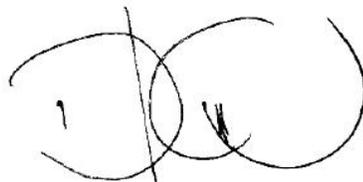
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación. Las de primera instancia quedan a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105011202100059-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **EDISON EMILIO VALLEJO MUÑOZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** 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 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, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Maira Alejandra Pachón Forero, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.070.306.604 y tarjeta profesional 296.872 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se reconoce personería adjetiva a la Dra. Nedy Johana Dallos Pico, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.019.135.990 y tarjeta profesional 373.640 del C.S.J., como apoderada especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Edison Emilio Vallejo Muñoz promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS, como resultado de la omisión del deber de información, disponiendo que continúa afiliado a Colpensiones sin solución de continuidad; ordenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de póliza por invalidez y muerte, gastos de administración, sumas adicionales y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras; ordenar a Colpensiones a reactivar la afiliación, considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado afiliado al RPMPD, debiendo actualizar la historia laboral; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. Subsidiariamente solicita que se declare la inexistencia del acto ineficaz.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 14 de febrero de 1964, contando con 57 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que inició a cotizar en el Instituto de Seguros Sociales a partir del 13 de marzo de 1984.

Refiere que ante la campaña de desinformación de las AFP, firmó formulario de afiliación a Porvenir S.A., sin tener la información concreta, clara y veraz de las consecuencias de su decisión, habiendo omitido la AFP indicar cuales serían las ventajas y desventajas del cambio de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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 fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al ISS, la petición elevada a la entidad y la respuesta emitida. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir 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 los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al RAIS, la petición que les fuere elevada y la respuesta emitida. 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de octubre de 2022 el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor Edison Emilio Vallejo Muñoz del RPMPD al RAIS efectuado el 4 de marzo de 1998 a través de Porvenir S.A.; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones aquellos valores que hubiere podido recibir con motivo de la afiliación del demandante, y que se encuentran en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima con todos sus frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, de manera indexada; condenar a Colpensiones a recibir de Porvenir S.A. sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en los numerales anteriores para efectos de reactivar la afiliación del actor y actualizar su historia laboral con la imputación referida en la parte motiva de la sentencia; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A.: Refiere que si bien es cierto que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que solo resulta aplicable de manera diferenciada según de los supuestos fácticos que exigen una similitud que en el presente caso no se avizora, evidenciándose que el demandante se vinculó a la entidad de manera libre y voluntaria, habiendo recibido una asesoría de 45 minutos, y habiéndose cumplido con la carga de la prueba que se exigía para el momento de la afiliación, debiendo tenerse en cuenta además, la reasesoría a la que fue invitado con el fin de explicarle la prohibición legal que se acercaba y que estaba próximo a adquirir, en la cual ya se encuentra inmerso.

Adicionalmente, se aparta la administradora de la decisión de tener que devolver los emolumentos, al no resultar coherente que se declare la figura de la ineficacia en algunos sentidos y en otros no, recibiendo Colpensiones dineros que no se generan en dicho régimen, aunado a que algunos emolumentos fueron entregados a la aseguradora contratada, con los cuales el demandante tuvo protección.

Asimismo, frente a la devolución de manera indexada de tales emolumentos, la apoderada indica que debe tenerse en cuenta la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, donde al revisar un caso similar,

concluye que la indexación sería excluyente con los rendimientos financieros, siendo una doble sanción.

COLPENSIONES: Aduce que no tuvo nada que ver entre la afiliación realizada del señor Vallejo y la AFP, donde ha permanecido por más de 20 años, lo que concluye en una vocación de permanecer en el RAIS, máxime, cuando el demandante para la fecha del traslado no era beneficiario del régimen de transición, sin que se cumpla con los requerimientos para declarar la nulidad.

Indica que permitir que los derechos laborales y de seguridad social se vuelvan infinitos, no teniendo en cuenta la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, es permitir que se presente una descapitalización en el sistema y se afecte el principio de sostenibilidad financiera.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en sus contestaciones de demanda, al considerar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor. Asimismo, se estudiarán los puntos apelados por la AFP Porvenir S.A.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.***”

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 6 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen del demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., diligenciado el 4 de marzo de 1998, lo que se corrobora en el certificado de Asofondos.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte del señor Edison Emilio Vallejo Muñoz, quien manifestó que en 1998 era docente en un colegio de carácter privado; que el rector de la institución le permitió a un asesor de Porvenir S.A. que les dieran una información; que allí se les indicó que el ISS se acabaría; que aunque cotizaran el mismo valor, la pensión sería más alta que en el RPMPD, y que se podrían pensionar de manera anticipada si aportaban más; que la reunión duró alrededor de 30 o 45 minutos; que inició la demanda porque desea acceder a los beneficios que tendría como docente; que sí se le informó que podría hacer aportes voluntarios; que el asesor le informó que en caso de muerte su esposa podría continuar con la pensión; que no se le indicó que era la devolución de saldos; que el asesor hizo unas cuentas, de cómo sería su pensión de acuerdo a sus aportes; que su afiliación se realizó de manera libre y voluntaria; que no tiene inconformidad con Porvenir S.A., sino que desea adquirir los beneficios de su pensión del estatuto docente.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Edison Emilio Vallejo Muñoz 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 permanecer en el RAIS por más de 20 años, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

En suma, tampoco resulta de argumento que la AFP Porvenir hubiese remitido al actor una comunicación invitándolo a efectuar una reasesoría, en tanto la misma no tuvo lugar, y de haberse llevado a cabo tal situación, la misma no sana el traslado.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 4 de marzo de 1998 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, pues si bien indicó el actor que durante la asesoría se realizaron unos cálculos, al no obrar constancia, no se puede corroborar este colegido que en efecto se tratase de una proyección

pensional, y que montos arrojó la misma.

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 de los fondos demandados. 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, pues si bien el apoderado de Porvenir S.A. manifiesta que se le impuso doble sanción, lo cierto es que considera esta corporación, que las condenas no son excluyentes, y que, inclusive, dicha disposición ha sido dictada por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

Por otra parte, 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 Porvenir 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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 día 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Edison Emilio Vallejo Muñoz contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones 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.

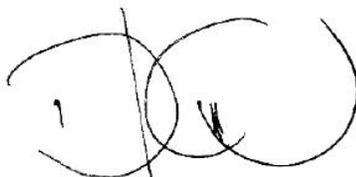
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105011202000138-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **OSSIRIS ROCÍO FLÓREZ RUÍZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** 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 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, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. María Alejandra Almanza Núñez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.018.456.532 y tarjeta profesional 273.998 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Ossiris Rocío Flórez Ruíz promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado de régimen, como consecuencia del incumplimiento del deber de información; declarar que continúa afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones; condenar a

Porvenir S.A. a transferir el total del dinero ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, sin descuentos por comisiones de administración; que se condene a Colpensiones a reactivar la afiliación pensional; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 24 de mayo de 1964, contando con 55 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que inició a efectuar cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales a partir del 2 de mayo de 1984, sin embargo, que para el mes de mayo de 1999 se trasladó al RAIS a través del fondo Porvenir S.A., sin que se le hubiese brindado información suficiente, clara y comprensible que le permitiera establecer los alcances reales de la decisión de traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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 fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, la reclamación administrativa que fuere elevada ante la entidad y su contestación. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de junio de 2022 el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de del traslado de régimen pensional realizado por la señora Ossiris Rocío Flórez Ruíz del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., efectuado el 29 de marzo de 1999; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, de manera indexada; condenar a Colpensiones a recibir todos los emolumentos previamente mencionados, debiendo actualizar la historia laboral de la actora; declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

COLPENSIONES: Aduce que no comparte el criterio del despacho, por cuanto la declaración de ineficacia conlleva a consecuencias que afecta el patrimonio de la entidad, pues si bien existe un criterio jurisprudencial, lo cierto es que debe analizarse cada caso de manera particular, sin que pueda la demandante estar exonerada de ilustrarse sobre el cambio de traslado de régimen, siendo negligente frente a dicha actuación, afectando el principio de sostenibilidad financiera.

PORVENIR S.A.: Refiere que frente a la falta del deber de información para el año 1999 bastaba con explicar las condiciones generales del régimen pensional, el cual se encuentra acreditado con el deber de información, sin que la ignorancia de la ley sirva de excusa; adicionalmente, que no procede la devolución de los gastos de administración, por cuanto también en el RPMPD se destina un 3% para los mismos, los cuales no forman parte de la pensión de vejez, procediendo el fenómeno prescriptivo.

Afirma la apodera que se encuentra en desacuerdo con la devolución de los emolumentos ordenados, debiendo darse lugar a la compensación con los rendimientos generados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, el apoderado de la parte actora y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en sus contestaciones respectivamente.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor. Asimismo, se estudiarán los puntos apelados por la AFP Porvenir S.A.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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. Elsly 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 19 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen de la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., diligenciado el 29 de marzo de 1999, lo que se corrobora en el certificado de Asofondos.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora Ossiris Rocío Flórez Ruíz, quien manifestó que no se encuentra pensionada actualmente; que su traslado se dio cuando “muchos fondos privados” fueron con la idea de que el ISS se acabaría, por lo que tenían que afiliarse a tales

administradoras; que se inclinó por Porvenir S.A. por cuanto le pareció que era un grupo serio; que dicha AFP le indicó que sería igual que el ISS; que no leyó el formulario de afiliación, y que el asesor fue quien lo diligenció; que no le indicaron que podría hacer aportes voluntarios, ni que podría pensionarse de manera anticipada; que recibe extractos por parte de la AFP; que la asesoría que recibió fue grupal, y que tuvo una duración de aproximadamente 30 o 40 minutos; que previamente no presentó queja ante las administradoras demandadas.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Ossiris Rocío Flórez Ruíz 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 permanecer en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 29 de marzo de 1999 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso.

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 de los fondos demandados. 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.”

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

Por otra parte, 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 Porvenir 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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 día 23 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Ossiris Rocío Flórez Ruíz contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones 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.

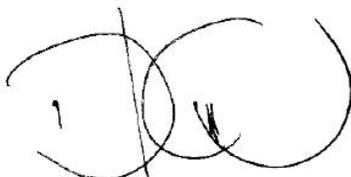
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105021202100145-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JORGE ALEJANDRO LIÉVANO MARTÍNEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **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, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Liseth Dayana Galindo Pescador, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.073.680.314 y tarjeta profesional 215.205 del C.S.J., como apoderada sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Jorge Alejandro Liévano Martínez promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la inexistencia, invalidez o nulidad del acto de afiliación que hiciera a Protección S.A. el 11 de junio de 1998, el cual fue firmado sin la debida asesoría legal sobre los pro y contras al cambiar del

RPMPD al RAIS; condenar a Protección S.A. a trasladar las totalidad de los aportes efectuados en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales a los que haya lugar, y los rendimientos que existan con motivo de los aportes efectuados a la fecha; que se condene en costa a las demandadas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que empezó a cotizar al RPMPD desde el 1 de octubre de 1988 y hasta el 30 de junio de 1998, con un total de 502.71 semanas cotizadas; que el fondo Protección envió a los “supuestos” asesores a donde laboraba, con el fin de que se vinculara al fondo, sin que se le hubiese asesorado en debida forma sobre los pros y los contras del traslado de régimen.

Refiere que, si bien solicitó ante la AFP la nulidad del traslado, la entidad no dio respuesta favorable a su petición.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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 accionante a la entidad, y la solicitud que les fuere elevada. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

Por su parte, Protección S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, aceptó los relacionados con la creación del RAIS a través de la Ley 100 de 1993, las peticiones elevadas ante la entidad y sus contestaciones. 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, 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, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de octubre de 2022 el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor Jorge Alejandro Liévano Martínez al régimen de ahorro individual el 11 de junio de 1.998, con fecha de efectividad a partir del 1° de agosto del mismo año por intermedio de la AFP Protección S.A., quedando afectado por la ineficacia también del traslado

que se realizó entre Colmena hoy Protección S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones; condenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor Jorge Alejandro Liévano Martínez, concediendo para ello el término de un (1) mes; condenar a la Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenando en costas a Protección S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, Colpensiones presentó recurso de apelación, manifestando que la a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que la administradora es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados, por lo que la entidad no puede ser afectada con la decisión, debiendo tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera.

Adicionalmente, solicita que se estudie si la AFP faltó a su deber de información, y que, de confirmarse la decisión de primera instancia, se ordene

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como la demandada Colpensiones presentaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en su contestación.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 12 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen del demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., diligenciado el 11 de junio de 1998; asimismo, se evidencia el traslado efectuado por el actor a la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 9 de febrero del 2000.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte del señor Jorge Alejandro

Liévano Martínez, quien manifestó que su afiliación a Protección S.A. se dio cuando recién estaba iniciando a laborar con el grupo Santander, quienes le hicieron un acercamiento con la administradora; que los asesores siempre hablaban de rentabilidades positivas, y no de los descuentos que se realizan sobre los recursos; que firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; que no leyó el formulario de afiliación, y que no tenía el conocimiento para conocer el alcance de la decisión; que no intentó retornar a Colpensiones; que no le indicaron que necesitaría un capital mínimo para pensionarse, ni que podría retractarse.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Protección S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Jorge Alejandro Liévano Martínez 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 ineficaz esta afiliación, máxime cuando el hecho de trasladarse entre fondos o permanecer en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno, aunado a que, no puede excusarse la AFP de no haber proporcionado asesorías.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Protección S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante a Protección S.A el 11 de junio de 1998 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

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 Protección 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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 día 5 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Jorge Alejandro Liévano Martínez contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

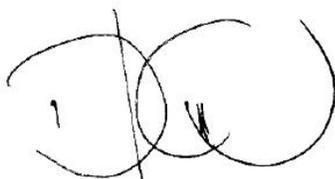
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente Colpensiones. Fijese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105017202000176-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta y uno (31) de marzo 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 de 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 judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veintidós (22) de agosto de 2022 por el Juzgado diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **AMPARO LUCIA TORRES BERNAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

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

Amparo Lucia Torres Bernal, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declare que la demandante no expreso consentimiento para trasladarse de fondo de pensiones administrado por COLFONDOS S.A., por no contar con conocimiento informado, como consecuencia, se declare la ineficacia del traslado al RAIS suscrita por la demandante con COLFONDOS S.A. y se ordene la afiliación al RPM a través de COLPENSIONES, que COLFONDOS traslade todos los aportes y rendimientos, los cuales debe aceptar COLPENSIONES, actualizando la historia laboral, se condene a la demandadas al pago de costas y agencias en derecho, a lo extra y ultra prtitia.

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 12 de abril de 1963 contando a la fecha con más de 57 años de edad, que se afilió a COLFONDOS desde el 1 de abril de 1995, sin que se diera la información necesaria para llevar a cabo dicho traslado, que al 13 de enero de 2020 había cotizado un total de 1.335 semanas, que el RPM cotizó 224 semanas y en el RAIS 1.111 semanas, que presentó formulario de afiliación ante COLPENSIONES el 19 de junio de 2020, fecha en la cual se le dio respuesta negando la afiliación por contar con 10 o menos de 10 años para adquirir el derecho a una prestación pensional. (archivo 02.EXP 2020-176.pdf, folios 3 al 6)

Contestación de la demanda

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denominó; inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica. (Archivo 02. EXP 2020-176.pdf, fls. 89 a 92)

Por su parte, a la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se le dio por no contestada la demanda en auto del 23 de julio de 2021. (Archivo 02. EXP 2020-176.pdf, fls. 207 a 209)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veintidós (22) de agosto de 2022 por el Juzgado diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento y prescripción, propuesta por COLPENSIONES, declaró que el traslado de la demandante al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. fue ineficaz y no produjo efectos jurídicos, declaró que la demandante debe ser afiliada al RPM por COLPENSIONES, condeno a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez

y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, ordeno a COLPENSIONES recibir el traslado y actualizar la historia laboral, condeno en costas a las demandadas. (Archivo 02. EXP 2020-176.pdf, fls. 505 a 507)

De los recursos de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: para que se revoque frente a la condena en costas, manifestó que; es un tercero de buena fe que actuó conforme a la ley y negó el traslado de la demandante por contar con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente las partes guardaron silencio.

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 lo relacionado con la procedencia o no de las costas procesales asignadas a COLPENSIONES. 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 19 de junio de 2020 y su respuesta en la misma fecha, donde le fue negado el traslado o afiliación al RPMPD. (Archivo 02. EXP 2020-176.pdf, fls. 49 a 50)

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)

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 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.

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) la demandante nació el doce (12) de abril de 1963 (Archivo 02. EXP 2020-176.pdf, fl. 31), ii) cotizó al RPM un total de 224 semanas (Archivo 02. EXP 2020-176.pdf, fl. 32), iii) que el veintinueve (29) de marzo de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de abril de 1995 (Archivo 02. EXP 2020-176.pdf, fls. 338 y 339), según extracto de pensiones aportado tiene 1.335 semanas (Archivo 02. EXP 2020-176.pdf, fl. 32).

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Colfondos S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Amparo Lucia Torres Bernal 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 incurso 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.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información 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 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 Colfondos S.A. el veintinueve (29) de marzo de 1995 con efectividad el 1 de abril 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 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.

De la imposición en costas

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)* (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo

que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria y posterior absolución.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta recordar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia con relación a Colpensiones y Porvenir S.A., quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que no se revocará dicha condena, conforme se solicitó en el recurso de apelación.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultados del proceso.

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 agosto de 2022 por el Juzgado diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **AMPARO LUCIA TORRES BERNAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A.**

PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Colpensiones, teniendo a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultados del proceso.

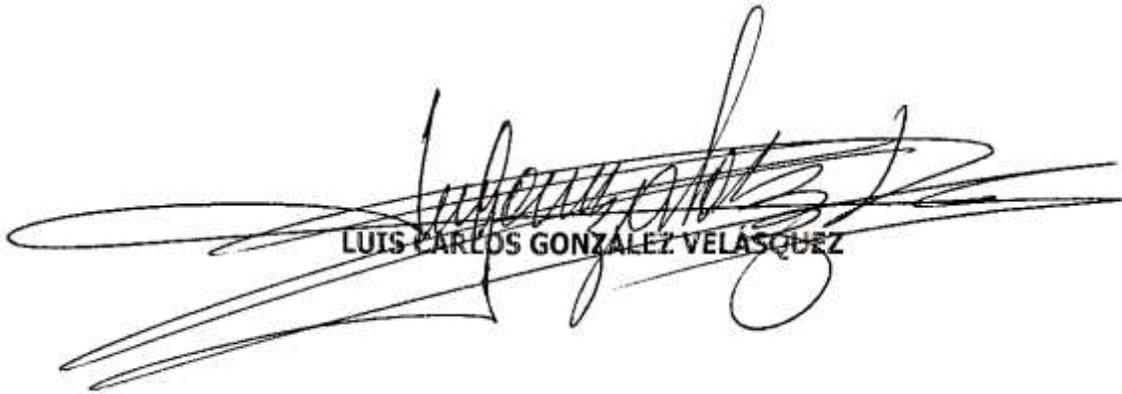
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

En uso de permiso

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: 110013105030202000181-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARMEN MARIELA MAYA MEDINA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** 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 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

Carmen Mariela Maya Medina promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia de la afiliación a la AFP demandada, declarándose vigente la afiliación al RPMPD; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes cancelados al RAIS desde el 1 de noviembre de 2005, con los

rendimientos generados; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 11 de mayo de 1964; que estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales entre el 22 de julio de 1987 y el 31 de octubre de 2005, año en que atendió solicitud de traslado de régimen, sin que se le hubiese suministrado información con la transparencia necesaria, pues no se efectuó proyección pensional ni se brindó información idónea de las ventajas y desventajas del régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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 fecha de nacimiento de la demandante, su vinculación al ISS, las peticiones elevadas ante la entidad, y su respuesta. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de junio de 2022 el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por Carmen Mariela Maya Medina del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., con efectividad a partir del 1 de noviembre de 2005; condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es a partir del 1 de noviembre de 2005 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, indicando que los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados; declarar válidamente vinculada a la demandante al RPMPD; ordenar a Colpensiones a que una vez ingresen los valores, actualice la información de la historia laboral de la actora; declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A.: Refiere que si bien el fallo se fundamenta en la ignorancia que tenía la demandante frente a los dos regímenes pensionales existentes, lo cierto es que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, por lo que no puede pretenderse que se declare alguna consecuencia jurídica con dicho argumento, no siendo posible desconocerla.

Que en caso de mantenerse la decisión de primera instancia, solicita que se revoque la orden impartida por el despacho, en cuanto se debe incluir la devolución de los gastos de administración ya descontados, pues los mismos no hacen parte de los dineros que se utilizarán para financiar la pensión de la demandante, sin que además dichos conceptos se encuentren cobijados por el fenómeno de la imprescriptibilidad, pues no tienen que ver con la prestación de la actora.

COLPENSIONES: solicita que se modifique la sentencia en el sentido de que se condene a la AFP a tratar a la afiliada conforme a las reglas del RPMPD si se prueba en segunda instancia que existió falta de información, pues tales decisiones se encuentran afectando a dicha administradora, generándose miles de sentencias que obligan a Colpensiones a recibir nuevamente a los afiliados, considerando que no es justo que se condene a Colpensiones, cuando no tuvo nada que ver en el acto de afiliación, máxime, cuando existe una forma de reestablecer el derecho de la demandante sin afectar a la administradora, debiendo dirigirse a la condena al fondo privado, y así establecer una nueva línea jurisprudencial.

Finalmente, considera que hay lugar a adicionarse a la sentencia la declaración de que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir al momento de asumir la obligación de la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en sus contestaciones de demanda, al considerar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

Adicionalmente, la parte actora solicita la confirmación de la sentencia apelada, debiendo darse aplicación a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor. Asimismo, se estudiarán los puntos apelados por la AFP Porvenir S.A.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 10 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen del demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., diligenciado el 21 de septiembre de 2005, lo que se corrobora en el certificado de Asofondos.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora Carmen Mariela Maya Medina, quien manifestó que en algún momento, la contadora de la empresa en la que laboraba les informó que iría un asesor de la AFP Porvenir S.A.; que el asesor les dio una charla grupal que duró alrededor de 20 a 30 minutos, donde expuso los beneficios de la AFP; que efectuó el traslado por la inseguridad que le dijeron que tendría en el fondo público; que cuando intentó retornar a Colpensiones, le manifestaron que en razón a su edad ya no era posible; que el traslado de efectuó de manera voluntaria;

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Carmen Mariela Maya Medina 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 ineficaz esta afiliación, máxime, cuando permanecer en el RAIS por más de 20 años, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 21 de septiembre de 2005 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, pues si bien indicó el actor que durante la asesoría se realizaron unos cálculos, al no obrar constancia, no se puede corroborar este colegiado que en efecto se tratase de una proyección pensional, y que montos arrojó la misma.

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 de los fondos demandados. 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.”

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

Por otra parte, 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 Porvenir 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.

Con relación al recurso de apelación incoado por el apoderado judicial de Colpensiones, quien pretende que se modifique la decisión adoptada en primera instancia, y se disponga que la AFP debe tratar a la actora como una afiliada del RPMPD, debe establecer este colegiado que tal pretensión no resulta pertinente, pues debe tenerse en cuenta que el litigio no giró en torno a tal situación, por lo que, no es posible estudiar dicha línea jurisprudencial.

Asimismo, podrá acudir la administradora a la jurisdicción ordinaria en caso de considerar que ha sufrido los perjuicios alegados por el actuar de la AFP Porvenir S.A., sin que, dicha disposición deba adicionarse a la sentencia proferida, pues de igual manera, dicha circunstancia no fue alegada en el proceso, aunado a que no se requiere la autorización de esta corporación, para activar el aparato jurisdiccional.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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 día 16 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Carmen Mariela Maya Medina contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones 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.

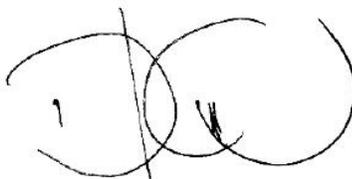
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105016202000191-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 27 de mayo de 2022 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA ESTHER VEGA MONTAÑEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** 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, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se reconoce personería adjetiva al Dr. Daniel Felipe Ramírez Sánchez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.018.966 y tarjeta profesional 373.906 del C.S.J., como apoderado especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Claudia Esther Vega Montañez promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado en el mes de octubre del año 2002, y en consecuencia, la inoperancia de sus efectos; que se declare como afiliación válida la efectuada al ISS; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al RAIS; que se ordene a Colpensiones a contabilizar para efectos de la pensión, las semanas cotizadas al RAIS; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 18 de marzo de 1996, contando con 54 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 7 de noviembre de 1984, sin embargo, que para el año 2002 se trasladó a Porvenir S.A., sin que hubiese sido asesorada ni informada de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre los regímenes pensionales.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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 edad de la demandante, y su afiliación al ISS. Propuso las excepciones que denominó inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, aceptó únicamente los relacionados con la solicitud de nulidad presentada por la contestación y la respuesta proporcionada. 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de mayo de 2022 el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de del traslado de régimen pensional realizado por la señora Claudia Esther Vega Montañez del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., efectuado el 12 de septiembre de 2002; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales,

sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración; condenar a Colpensiones a recibir todos los emolumentos previamente mencionados, debiendo actualizar la historia laboral de la actora; declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de Porvenir S.A. presentó recurso de apelación, manifestando que la afiliación de la actora si cumplió con todos los requisitos exigidos para el momento de dicho traslado, sin que pueda darse una aplicación retroactiva de la norma, siendo admisible que la información se suministrara de forma verbal, lo que llevaría a que la decisión de la actora sea válida, aunado a que las acciones para reclamar la ineficacia si se encuentran prescritas, en tanto lo que se cuestiona no es el derecho pensional.

Frente a los gastos de administración, manifiesta que dicha condena no se torna procedente, por cuanto en las restituciones mutuas que deban hacerse en virtud de la declaratoria de ineficacia en sentencias judiciales, no hay lugar a devolver las sumas que se causen producto de dicho acto jurídico, toda vez que son las pérdidas que debe asumir la actora; que en caso de declararse que la relación no existió, tampoco habría lugar a devolver los rendimientos.

En suma, afirma que en caso de existir bono pensional, el mismo debe retornar a quien lo expidió, es decir, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en sus contestaciones respectivamente.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta el grado jurisdiccional concedido a favor de Colpensiones. Asimismo, se estudiarán los puntos apelados por la AFP Porvenir S.A.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 12 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen de la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., diligenciado el 12 de septiembre de 2002, lo que se corrobora en el certificado de Asofondos.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora Claudia Esther Vega Montañez, quien manifestó que no se encuentra pensionada; que se trasladó a Porvenir S.A. cuando los asesores de la AFP se acercaron a su

oficina en la Universidad del Rosario, donde le indicaron las ventajas que tendría el traslado, tales como pensionarse antes de cumplir la edad, que obtendría una mejor mesada, que su pensión sería heredable y que el ISS se acabaría; que la asesoría fue individual; que firmó el formulario de manera voluntaria; que no tuvo la oportunidad de hacer preguntas al asesor.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Claudia Esther Vega Montañez 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 permanecer en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 12 de septiembre de 2002 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso.

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 de los fondos demandados. 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.”

Asimismo, y si bien aduce la apoderada de la recurrente que en caso de existir bono pensional a favor de la actora el mismo debe ser reintegrado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cierto es que el mismo se encontraría dentro del patrimonio de la actora, no habiendo lugar a su devolución, pues inclusive, y como es sabido, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha dispuesto el traslado de dicho concepto a Colpensiones, en aquellos casos en que se declara la ineficacia del traslado, lo cual se puede evidenciar en la providencia SL1055-2022.

Por otra parte, 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 Porvenir 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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 día 27 de mayo de 2022 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Claudia Esther Vega Montañez

contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones 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 la recurrente Porvenir S.A. Fíjese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

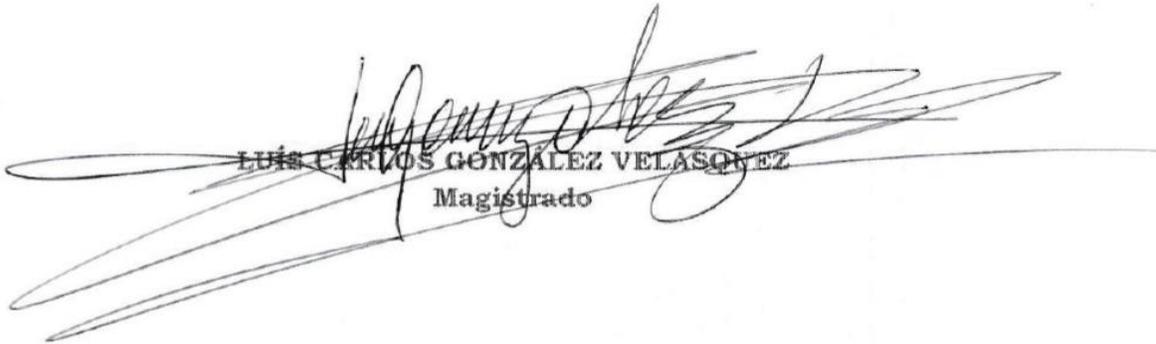
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105012202000207-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Luis 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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 8 de noviembre de 2022 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LAURA SORAYA PARADA CARVAJAL** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con la vinculación en calidad de litis consorte necesario del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional 365.094 del C.S.J., como apoderado especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Laura Soraya Parada Carvajal promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare nulo e ineficiente el traslado del RPMPD al RAIS; que se ordene a las demandadas a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, aportes para pensión, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos, rendimientos e intereses; que se ordene a Colpensiones a recibir los valores previamente mencionados, para que

posteriormente proceda al estudio de la pensión de vejez; condenar a las demandadas al pago de los valores correspondientes a intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; al pago de la indexación de los valores adeudados, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 26 de octubre de 1960, contando con 59 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que cuando inició a laborar se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales, sin embargo, que para el año 2001 la demandada Porvenir S.A. de manera ligera y engañosa, sin verificar su historial laboral, la hizo afiliarse al RAIS, sin haberle suministrado toda la información detallada, así como las posibles consecuencias al realizar el correspondiente traslado.

Refiere que con posterioridad se vinculó a la AFP Horizonte hoy Skandia S.A., sin que le hubiesen dado información sobre las consecuencias que obtendría de permanecer en el RAIS.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, la petición elevada 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.

Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda. Frente a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, y que para el momento de la vinculación al RAIS se encontraba vigente la Ley 100 de 1993. 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.

Skandia S.A. se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora y la respuesta que emitiera la administradora a la petición elevada. 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. Adicionalmente, presentó demanda de reconvención, pretendiendo que se ordene a la demandada a devolver todos los dineros que haya recibido por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a la totalidad de las pretensiones, y admitió únicamente el hecho referente a la fecha de

nacimiento de la señora Parada. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de noviembre de 2022 el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, relevándose del estudio de la demanda de reconvención, condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandante presentó recurso de apelación, manifestado que si bien es cierto que la sentencia se basa en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que el alcance de la misma lo fue a partir del año 2021, momento posterior a la presentación de la demanda, aunado a que, en dicho caso se observa que la línea se basó en el impacto que podría ocasionar en las administradoras, pero en ningún momento consideró la situación de aquellos con dificultades en el aspecto personal, o económico, aislándose del sentido humano.

Refiere que la actora se encontró en una situación “complicada”, viéndose inmersa en la obligación de aceptar lo que le ofrecían.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, la parte actora y las demandadas Porvenir S.A. y Skandia S.A. presentaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en su contestación.

Reitera el apoderado de la demandante, que la señora Laura Soraya Parada cumple a cabalidad con los requisitos para obtener la declaratoria de la nulidad e ineficacia 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 a lo establecido por el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., 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 determinar si resultó o no acertada la decisión del juez de primera instancia, al negar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por ostentar la calidad de pensionada, en dicho régimen.

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda 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 actora.

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).*

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto

en conocimiento del colegiado; en tal medida, no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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.

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

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

plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso, al respecto, indicó:

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

(...)

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

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

En el presente caso, militan como pruebas, el expediente administrativo aportado por Colpensiones, los formularios de vinculación a las respectivas AFP, historia laboral de la demandante consolidada y aportada por Porvenir S.A., certificado de Asofondos, estado de cuenta de la actora e historia laboral aportados por Skandia S.A., certificación de que la señora Parada Carvajal se encuentra pensionada desde el 1 de diciembre de 2018 bajo la modalidad de retiro programado, por cuantía de \$1.340.612, y respuestas emitidas por Colpensiones y Skandia S.A. a las solicitudes de la demandante.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que, aun cuando la AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. no acreditaron el cumplimiento de su deber de información, brindándole a la demandante información clara, precisa, oportuna, veraz y suficiente acerca de las características del RAIS, las posibles consecuencias que traería esa decisión para su futuro pensional, al habersele reconocido a la actora, la pensión de vejez, desde diciembre de 2018, por parte de la AFP Skandia S.A., se tiene una situación jurídica consolidada, un hecho consumado que al tenor del precedente jurisprudencial antes citado, no es posible revertir, resultando acertada la decisión de la juez de primera instancia, al negar las pretensiones de esta acción.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

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

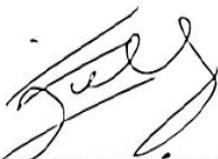
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2022, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por Laura Soraya Parada Carvajal en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia Pensiones y Cesantías 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: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030202100281-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 3 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FLOR NAYIBE HOYOS MORA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** 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 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, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Daniel Felipe Ramírez Sánchez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.018.966 y tarjeta profesional 373.906 del C.S.J., como apoderado especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Flor Nayibe Hoyos Mora promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones 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 Porvenir S.A.; declarar que para todos los efectos jurídicos, siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad; ordenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de gastos de administración que han sido descontados durante el tiempo en que ha estado allí afiliada; ordenar a Colpensiones a actualizar y corregir la historia laboral; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 10 de septiembre de 1965, contando con 54 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el inicio de su vida laboral y hasta el año 1995, sin embargo, que ante una campaña de desinformación de la AFP Porvenir, firmó formulario de afiliación el 20 de octubre de 1995.

Refiere que el traslado se efectuó sin que se le hubiese proporcionado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su afiliación, pues no se le explicó la naturaleza del RAIS, ni sus características, ni las diferencias que tendría con el RPMPD.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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 fecha de nacimiento de la demandante, y su afiliación al ISS. Propuso las excepciones perentorias que denominó aplicación del precedente establecido en la Sentencia SL373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho e innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir 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 los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, y su afiliación al RAIS. 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de octubre de 2022 el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación o

traslado efectuado por la señora Flor Nayibe Hoyos Mora el 20 de octubre de 1995 del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A.; ordenar a dicha AFP que en un término no mayor a 30 días, proceda a trasladar la totalidad de los aportes que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual, así como todos los dineros recibidos con ocasión de su permanencia en dicho régimen (cotizaciones obligatorias y voluntarias, bono pensional, rendimientos financieros, pagos de los aportes a los seguros previsionales, gastos y comisiones de administración y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima) a Colpensiones; ordenar a Colpensiones a recibir dichos emolumentos, a reactivar la afiliación de la demandante, y a convalidar los aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral de la actora; declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

COLPENSIONES: solicita que se modifique la sentencia en el sentido de que se condene a la AFP a tratar a la afiliada conforme a las reglas del RPMPD si se prueba en segunda instancia que existió falta de información, pues tales decisiones se encuentran afectando a dicha administradora, generándose miles de sentencias que obligan a Colpensiones a recibir nuevamente a los afiliados, considerando que no es justo que se condene a Colpensiones, cuando no tuvo nada que ver en el acto de afiliación, máxime, cuando existe una forma de reestablecer el derecho de la demandante sin afectar a la administradora, debiendo dirigirse a la condena al fondo privado, y así establecer una nueva línea jurisprudencial.

Finalmente, considera que hay lugar a adicionarse a la sentencia la declaración de que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir al momento de asumir la obligación de la demandante.

PORVENIR S.A.: Refiere que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que dicha corporación ha sido reiterativa en cuanto la misma no se podrá aplicar de manera homogénea a todos aquellos procesos en que se solicite la nulidad o ineficacia, pues debe haber una similitud fáctica, lo que en el caso concreto no se evidencia, máxime, cuando el traslado de la actora es válido, habiéndose dado de manera libre, voluntaria e informada, cumpliendo la AFP con la carga que tenía para dicha data.

Por otro lado, que no puede entenderse que la firma del formulario suscrito por la demandante únicamente implique la aceptación de las condiciones de régimen y que el mismo no denote de manera irrefutable el conocimiento que tenía sobre el mismo.

Aduce que resulta inequitativo que se condene a la AFP a devolver a Colpensiones los gastos de administración y seguros previsionales, avalándose un enriquecimiento sin justa causa a favor de dicha administradora.

Por último, que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, se revoque lo referente a devolver los emolumentos de manera indexada, al generarse una doble condena.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandas Colpensiones y Porvenir S.A. presentaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en sus contestaciones respectivamente.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor. Asimismo, se estudiarán los puntos apelados por la AFP Porvenir S.A.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 9 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen de la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., diligenciado el 20 de octubre de 1995, lo que se corrobora en el certificado de Asofondos.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora Flor Nayibe Hoyos Mora, quien manifestó que se trasladó a Porvenir S.A. cuando los asesores de los fondos privados se acercaron a las instalaciones de trabajo, donde hicieron una reunión que duró entre 10 y 15 minutos; que seguido de eso, pasaron a unos cubículos, donde firmaron su traslado;

que no tuvo asesoría personalizada por parte del fondo demandado; que firmó el formulario basada en el discurso de la AFP Porvenir, habiéndosele indicado que el ISS se acabaría; que no le realizaron ninguna proyección pensional.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Flor Nayibe Hoyos Mora 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 permanecer en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

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 Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 20 de octubre de 1995 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, pues si bien indicó el actor que durante la asesoría se realizaron unos cálculos, al no obrar constancia, no se puede corroborar este colegiado que en efecto se tratase de una proyección pensional, y que montos arrojó la misma.

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 de los fondos demandados. 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 cubre 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, pues si bien el apoderado de Porvenir S.A. manifiesta que se le impuso doble

sanción, lo cierto es que considera esta corporación, que las condenas no son excluyentes, y que, inclusive, dicha disposición ha sido dictada por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

Por otra parte, 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 Porvenir 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.

Con relación al recurso de apelación incoado por el apoderado judicial de Colpensiones, quien pretende que se modifique la decisión adoptada en primera instancia, y se disponga que la AFP debe tratar a la actora como una afiliada del RPMPD, debe establecer este colegiado que tal pretensión no resulta pertinente, pues debe tenerse en cuenta que el litigio no giró en torno a tal situación, por lo que, no es posible estudiar dicha línea jurisprudencial.

Asimismo, podrá acudir la administradora a la jurisdicción ordinaria en caso de considerar que ha sufrido los perjuicios alegados por el actuar de la AFP Porvenir S.A., sin que, dicha disposición deba adicionarse a la sentencia proferida, pues de igual manera, dicha circunstancia no fue alegada en el proceso, aunado a que no se requiere la autorización de esta corporación, para activar el aparato jurisdiccional.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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,

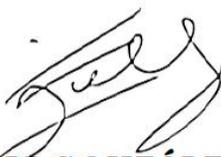
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 3 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta (30) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Flor Nayibe Hoyos Mora contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones 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.

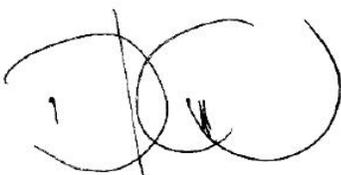
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105005202100284-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de agosto de 2022 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **YOLANDA ALBARRACÍN CAMERO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** 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 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

Yolanda Albarracín Camero promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado de régimen realizado el 30 de agosto de 1994; que se declare que continúa afiliada al RPMPD sin solución de continuidad; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar los valores que se encuentren en su cuenta de ahorro

individual, tales como cotizaciones y rendimientos generados por dichas sumas; que se ordene a Colpensiones a reajustar su historia laboral; que se condene a Porvenir S.A. a realizar el pago de los costos administrativos que suponga realizar los trámites derivados de las condenas previamente expuestas; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que inició a efectuar aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de marzo de 1986; que en el mes de agosto de 1994 fue abordada por un asesor del fondo de pensiones Horizonte, mientras estaba al servicio del empleador Banco Cooperativo de Colombia.

Refiere que el asesor no le informó los efectos jurídicos que implicaba el traslado de régimen, ni las condiciones del RAIS, y que, pese a solicitar la declaratoria de nulidad, no ha obtenido una respuesta favorable.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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 de la demandante al ISS, y que la misma se encuentra inmersa en la prohibición para retornar al RPMPD. Propuso las excepciones de mérito que denominó 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, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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, prescripción, aplicabilidad de la Sentencia SL 373 de 2021, innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de agosto de 2022 el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado de régimen del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Invertir hoy Porvenir S.A.; ordenar a dicha AFP a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses,

quien deberá recibirlos, y actualizar la historia laboral de la actora. Sin costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de Colpensiones presentó recurso de apelación, manifestando que la entidad no tuvo injerencia en la decisión tomada por la demandante; igualmente, que debe tenerse en cuenta que la AFP falló al momento de proporcionar la información necesaria, y de indicarle a la actora de la prohibición de los 10 años, por lo que, debe ser el fondo privado quien reconozca la pensión bajo los parámetros del RPMPD.

Que de ser confirmada la decisión de primera instancia, la AFP deberá garantizar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, sus rendimientos, bonos pensionales de existir, seguros previsionales, y cuotas de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en sus contestaciones respectivamente.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).*

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 5 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen de la demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Invertir Organismo Cooperativo, diligenciado el 30 de agosto de 1994, lo cual se corrobora en el certificado de Asofondos.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora Yolanda Albarracín Camero, quien manifestó que inicialmente estuvo afiliada al ISS, y que posteriormente, un asesor se acercó a las instalaciones de su

trabajo, quien le indicó que el ISS se acabaría, y que era la oportunidad de que se trasladara previo a que eso sucediera; que si no cumplía los requisitos para pensionarse le devolverían los aportes, y que sus rendimientos serían mucho más altos que en el RPMPD; que le solicitó que firmara un documento para él poder consultar su historia laboral, sin embargo, que posteriormente no le dio información adicional; que no le hablaron sobre el derecho de retracto, ni sobre los aportes voluntarios; que presentó la demanda porque considera que nunca fue asesorada, y porque la rentabilidad en la AFP es menor.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Invertir hoy Porvenir S.A. obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Yolanda Albarracín Camero 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 permanecer en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno, aunado a que, no puede excusarse la AFP de no haber proporcionado asesorías, cuando los traslados se efectúen a través del empleador, aún más, cuando los formularios cuentan con la firma de un asesor, que no prestó la correspondiente asesoría.

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 adocinado 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 Protección S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante a Invertir hoy Porvenir S.A el 30 de agosto 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso.

Continuando con lo que es tema de apelación, y en cuanto aduce la apoderada de Colpensiones que la AFP deberá garantizar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, sus rendimientos, bonos pensionales de existir, seguros previsionales, y cuotas de administración, y teniendo en cuenta que el a quo no efectuó manifestación alguna, habrá lugar a adicionarse a la sentencia la devolución de dichos factores, 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 bonos pensionales a los que haya lugar, gastos de administración, 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, como quiera sin 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 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 relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

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 Protección 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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: ADICIONAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2022 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. deberá devolver a la Administradora Colombiana

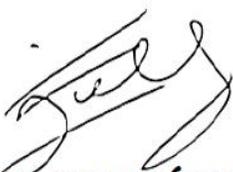
de Pensiones – Colpensiones, además de los emolumentos ordenados en primera instancia, los bonos pensionales a los que haya lugar, gastos de administración, comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 22 de agosto de 2022 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, en todo lo demás.

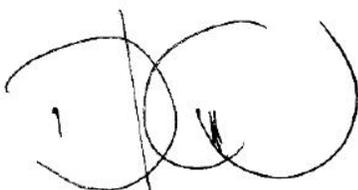
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente Colpensiones. Fíjese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026202100297-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Luis 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 el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA MERCEDES SEGURA ROMERO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

María Mercedes Segura Romero promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado efectuado al RAIS administrado por Porvenir S.A., con efectividad a partir del 1 de agosto de 1994; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus rendimientos, cuotas de administración, y demás; que se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada, y a contabilizar a efectos de pensión, las semanas

cotizadas en el RAIS; condenar a Porvenir S.A. al pago de perjuicios; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 25 de septiembre de 1963, contando con 56 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que estuvo afiliada en el Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de septiembre de 1989, y hasta el mes de julio de 1994.

Refiere que el día 29 de junio de 1994 se trasladó al RAIS administrado por Colpatria hoy Porvenir S.A., habiéndosele proporcionado una información general y no personalizada, omitiendo informarle que su aporte iría a una cuenta de ahorro individual, las condiciones para poderse pensionar de manera anticipada, el capital que debía acumular para adquirir la prestación de vejez, o sobre su derecho de retracto.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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 fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, su traslado al RAIS, la petición elevada a la entidad, y la respuesta emitida. 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.

Por su parte, Porvenir 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 su afiliación al RAIS. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de octubre de 2022 el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar ineficaz el traslado efectuado por la demandante María Mercedes Segura Romero al RAIS; condenar a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenar a Colpensiones a que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las

semanas cotizadas por la demandante; declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Porvenir S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como la demandada Porvenir S.A. presentaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en su contestación respectivamente.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 13 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen de la demandante a Colpatria hoy Porvenir S.A., diligenciado el 29 de junio de 1994.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora María Mercedes Segura Romero, quien manifestó que para 1994 era empleada de Colpatria, por lo que le realizaron el traslado para dicho fondo; que efectuó el traslado por cuanto necesitaba el trabajo; que no tuvo la oportunidad de realizar presuntas al asesor que se encontraba presente al momento de su traslado; que solo diligenció el acápite de beneficiarios en el formulario, y su firma; que dejó de trabajar para Colpatria en el año 1998, y por problemas personales, no se preocupó por su situación pensional; que nunca recibió asesoría por parte de Porvenir S.A.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora María Mercedes Segura Romero 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 ineficaz esta afiliación, máxime cuando el hecho de trasladarse entre fondos o permanecer en el RAIS por más de 20 años, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Colpatria hoy Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Colpatria hoy Porvenir S.A el 29 de junio 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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 Porvenir 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues

el efecto de la ineficacia 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 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 día 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por María Mercedes Segura Romero contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones 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.

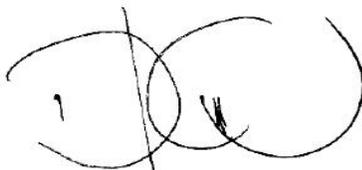
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036202100299-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS ERNESTO LAGOS CAMACHO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **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

Luis Ernesto Lagos Camacho promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia y nulidad de la afiliación efectuada en septiembre de 2004 al RAIS, por existir engaño y asalto en su buena fe; que se declare que ha estado válidamente afiliado al RPMPD; que se condene a Protección S.A. a trasladar todos y cada uno de los aportes en pensiones realizados, así como cotizaciones, bonos de pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubiesen causado; que se condene a Colpensiones a

aceptar su traslado y a validar los aportes girados; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 10 de agosto de 1960, contando con 60 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que inició a efectuar cotizaciones desde el 30 de marzo de 1990; que cotizó 489 semanas al RPMPD; que para el año 2004, un asesor comercial de la AFP Protección lo persuadió para que se trasladara al RAIS, proporcionándole poca o nula información sobre las consecuencias de su traslado.

Refiere que si bien ha solicitado el traslado, no ha recibido respuesta favorable.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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 fecha de nacimiento del actor, la fecha en que inició su vida laboral, la reclamación presentada ante la administradora y la respuesta proporcionada. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

Por su parte, Protección S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al RAIS, el tiempo cotizado por el señor Lagos, la petición que les fuere elevada y su contestación. 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, 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, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de octubre de 2022 el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por el señor Luis Ernesto Lagos Camacho del RPMPD al RAIS, con

efectividad a partir del 1 de diciembre de 2004 a través de Protección S.A.; ordenar a dicha AFP, a normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; ordenar a Colpensiones a recibir e imputar una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del actor; declarar no probada la excepción de prescripción; condenar en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de Colpensiones presentó recurso de apelación, manifestando que la firma del formulario de afiliación del demandante es completamente válida, y no hay lugar a declarar su ineficacia, pues no debe dejarse de lado la manifestación realizada por la Corte Suprema de Justicia, al indicar que cada caso se debe estudiar de forma particular, máxime, cuando el demandante no tenía una expectativa legítima de pensionarse con la administradora, además, de que tampoco es dable hablar de un engaño por parte del fondo privado, pues señaló el actor en su interrogatorio que suscribió el formulario de afiliación sin que haya mediado algún asesor.

Adicionalmente que si bien señala el demandante que no recibió una asesoría adecuada por parte del fondo, esto se vio saneado por el tiempo en que permaneció en el RAIS.

Indica la apoderada que con la sentencia de primera instancia, se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera, una vez esta administradora tenga que reconocer la prestación pensional a la que tenga derecho el demandante, siendo dable dar aplicación a aquella prohibición establecida en la Ley 797 de 2003.

Solicita que se revoque a la entidad de la condena en costas, en tanto la entidad fue llamada a juicio por ser la administradora que debe recibir al demandante, y no porque haya faltado a sus deberes legales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como la demandada Colpensiones presentaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en su contestación respectivamente.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 11 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen del demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., diligenciado el 1 de octubre de 2004, con fecha de efectividad 1 de diciembre del mismo año.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte del señor Luis Ernesto Lagos Camacho, quien manifestó que en el año 2004 ingresó a laborar a la empresa Micros S.A.; que al vincularse a dicha empresa, se le suministró el formulario en blanco para firmarlos, y que, de no hacerlo, no habría vinculación; que no se comunicó con ningún asesor del fondo, y que se dio cuenta que estaba allí años después; que después de los 50 años empezó a recibir los extractos; que el fondo en ningún momento se comunicó con él; que desconoce las condiciones bajo las que se pensionaría en ambos regímenes; que desea trasladarse, por cuanto Colpensiones es una entidad estatal, que cuenta con más respaldo; que al necesitar el trabajo tuvo que firmar los formularios en blanco.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Protección S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Luis Ernesto Lagos Camacho 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 el hecho de trasladarse entre fondos o permanecer en el RAIS por más de 20 años, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno, aunado a que, no puede excusarse la AFP de no haber proporcionado asesorías, cuando los traslados se efectúen a través del empleador, aún más, cuando los formularios cuentan con la firma de un asesor, que no prestó la correspondiente asesoría.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Protección S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante a Protección S.A el 1 de octubre de 2004 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

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 Protección 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.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación,

casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.
(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. ***En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)*** (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por la apoderada de Colpensiones para solicitar su exoneración en la primera instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto fue vencida en juicio.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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 día 5 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Luis Ernesto Lagos Camacho contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente Colpensiones. Fijese como agencias en derecho, 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



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105016201900845-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 la demandante y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 1 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **TERESA NEUTA ARIZA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** 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, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional 365.094 del C.S.J., como apoderado especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se reconoce personería adjetiva a la Dra. Jeimmy Carolina Buitrago Peralta, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.140.467 y tarjeta profesional 199.923 del C.S.J., como apoderada especial de Colfondos S.A.

ANTECEDENTES

Teresa Neuta Ariza promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación del RMPD al RAIS; que se declare que ha permanecido en el

RPMPD, sin solución de continuidad; ordenar a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales y rendimientos devengados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración; ordenar a Colpensiones a reactivar su afiliación, actualizando y corrigiendo su historia laboral; condenar a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. al reconocimiento y pago de perjuicios morales, condenando en costas a las demandadas.

De manera subsidiaria, solicita que se declare inexistente el acto de traslado de régimen.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 17 de diciembre de 1962; que se afilió al RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales desde el año 1982, sin embargo, que para el día 12 de noviembre de 1996 suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A., sin que hubiese recibido información técnica y adecuada.

Refiere que de igual manera y por los mismos móviles equivocados, el 20 de agosto de 2002 de trasladó a Colfondos S.A.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Colpensiones se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser un hecho, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, el traslado de la actora a Porvenir S.A., la reclamación administrativa que les fuere elevada y su contestación. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones.

Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarles, excepto los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la petición que les fuere elevada y la contestación emitida. 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.

Por su parte, Colfondos S.A. dio contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la petición elevada ante la administradora y la contestación emitida. 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 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de junio de 2022 el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de del traslado de régimen pensional realizado por la señora Teresa Neuta Ariza del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., efectuado el 12 de noviembre de 1996; condenar a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, de manera indexada; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la administración de la demandante en el periodo en que esta estuvo afiliada, tales como gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, con todos los frutos e intereses; condenar a Colpensiones a recibir todos los emolumentos previamente mencionados, debiendo actualizar la historia laboral de la actora; absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a las AFP demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

DEMANDANTE: Interpone recurso de apelación frente a la decisión de no condenar en costas procesales a la demandada Colpensiones, máxime, cuando las pretensiones de la demanda fueron concedidas, habiéndose opuesto dicha administradora de manera activa al presente proceso.

PORVENIR S.A.: interpone recurso de apelación frente a la determinación de devolver a Colpensiones los valores de los gastos de administración, primas de seguros previsionales, sumas adicionales de la aseguradora, y el porcentaje de garantía de pensión mínima, en tanto la entidad cumplió a cabalidad con el deber de información que era exigido en los términos y condiciones para el momento en que se efectuó el traslado, pues simplemente bastaba con la firma del formulario de afiliación.

Refiere que la demandante es una persona que ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen, y con sus actos de relacionamiento ratificó su deseo de permanecer en el RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, las demandadas Porvenir S.A. y Colfondos S.A. presentaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en sus respectivas contestaciones de la demanda, solicitando así, la revocatoria de la decisión de primera instancia.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta el grado jurisdiccional concedido a favor de Colpensiones. Asimismo, se estudiarán los puntos apelados por la AFP Porvenir S.A. y la apoderada de la parte actora.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 23 del expediente digital consta formulario de afiliación de la demandante a Porvenir S.A. diligenciado el 12 de noviembre de 1996, y que si bien establece que se efectuó una vinculación inicial, lo cierto es que Colpensiones afirmó que la actora previamente estuvo afiliada al ISS, lo cual se corrobora con el expediente administrativo aportado;

asimismo, se verifica en el ítem 14 el formulario de traslado a Colfondos S.A. diligenciado el 20 de agosto de 2002.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora Teresa Neuta Ariza, quien manifestó que no se encuentra pensionada; que se trasladó a Porvenir S.A. y posteriormente a Colfondos S.A.; que no recibió asesoría por ninguno de los fondos; que cuando ingresó a trabajar en el año 1996, un asesor le hizo entrega del formulario de Porvenir S.A., sin que le hubiese dado información alguna; que no tenía conocimiento que sus cotizaciones tendrían rendimientos; que en el año 2002 se presentó a Colfondos S.A. para ingresar a laborar, donde le hicieron entrega de un formulario para que se afiliara al fondo de dicha entidad.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaban Porvenir S.A y Colfondos S.A. 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 a la señora Teresa Neuta Ariza 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 permanecer en el RAIS o trasladarse entre fondos, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando las demandadas enseñaron de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 12 de noviembre de 1996 se torna ineficaz, al igual que el realizado a Colfondos S.A., 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha

sentencia que así lo dispuso.

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 de los fondos demandados. 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 error 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 devengarán 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.”

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

Por otra parte, 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 deben reintegrar Porvenir S.A. y 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.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria y posterior condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que

se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta recordar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que no se evidenció en la sentencia de primera instancia con relación a Colpensiones, quien se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, asistiéndole razón a la apoderada de la parte demandante, habiendo lugar a acceder a dicha condena, conforme se solicitó en el recurso de apelación.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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

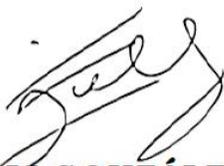
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 1 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Teresa Neuta Ariza contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en cuanto no se condenó en costas a la demandada Colpensiones, para en su lugar **CONDENAR** a dicha administradora en costas, conforme fue expuesto. Tásense.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 1 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario de la referencia, en todo lo demás, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

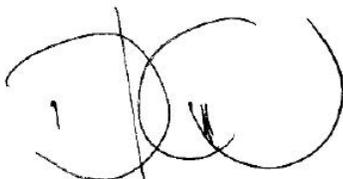
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026202000305-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 - Nulidad de 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 judicial de Skandia S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 26 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GLORIA EUGENIA OLAYA RÍOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA 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., CON MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. COMO LLAMADA EN GARANTÍA.**

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, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional 365.094 del C.S.J., como apoderado especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se reconoce personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Gloria Eugenia Olaya Ríos promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia 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 nulidad o ineficacia del traslado al RAIS administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A., efectuada en abril de 1996; que se condene a Protección S.A. y a Colpensiones a tramitar el regreso automático al RPMPD, trasladando además los valores de la cuenta de ahorro individual, correspondiente a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 20 de junio de 1963, contando con 57 años de edad al momento de la presentación de la demanda; que efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales para el periodo comprendido entre el 20 de octubre de 1986 y el 30 de abril de 1996.

Refiere que a partir del 1 de mayo de 1996 se hizo efectivo el traslado de régimen pensional a la AFP Colmena hoy Protección S.A., sin embargo, que al momento del traslado el asesor del fondo les indicó que de continuar en el ISS su panorama sería dramático e incierto, que su pensión sería más favorable en el RAIS, que se podrían pensionar antes de los 55 años, y que la prestación sería más alta.

Que posteriormente se trasladó de manera horizontal a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., para el año 2008 a Skandia S.A., y finalmente en el mes de mayo de 2010 retornó a Protección S.A.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo los relacionados con la fecha del traslado a Colmena, la información suministrada a la demandante por la AFP, la respuesta otorgada por Protección a la accionante, y los traslados horizontales a Porvenir S.A., Skandia S.A. y Protección S.A. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Skandia S.A. dio contestación oponiéndose a las pretensiones relacionadas con las facultades ultra y extra petita y condena en costas; no aceptó ningún hecho, y propuso las excepciones de fondo que denominó cobro de lo no

debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

Adicionalmente, Skandia S.A. llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., quien no se opuso a la prosperidad de las pretensiones e indicó que ningún hecho le constaba. Propuso las excepciones que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías s.a., prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, y reconocimiento oficioso de excepciones.

Una vez notificada, Protección S.A. se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la edad de la actora, su vinculación a Colmena, y la petición que les fuere elevada. 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 y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara 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, y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

Por su parte, Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones relacionadas con las facultades ultra y extra petita y condena en costas; frente a los hechos aceptó los relacionados con la solicitud elevada por el actor y la respuesta emitida. 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de septiembre de 2022 el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar ineficaz el traslado efectuado por la señora Gloria Eugenia Olaya Ríos al RAIS a partir de abril de 1996; condenar a Protección S.A. a transferir a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; condenar a Skandia S.A. y Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones los dineros descontados por gastos de administración, primas de seguros previsionales y de invalidez y sobrevivencia, y porcentaje descontado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos; condenar a Colpensiones para que acepte dicha transferencia, y contabilice para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante; declarar no probadas las excepciones propuestas; absolver a Mapfre Colombia Vida Seguros de las pretensiones incoadas en su contra, condenando a las AFP en costas a favor de la parte actora, y a Skandia S.A. a favor de la llamada en garantía.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de Skandia S.A. presentó recurso de apelación de manera parcial, frente a la condena de devolver los conceptos de seguros previsionales, comisiones y gastos de administración, teniendo en cuenta que la sentencia no puede ser ajena a las realidades fácticas que dieron origen al presente proceso, máxime cuando dicha AFP cumplió con el deber legal que le asistía, viéndose reflejados los rendimientos en la cuenta de la demandante.

Refiere que no podría devolverse lo descontado al fondo de garantía de pensión mínima, en tanto en el plenario obra prueba que los dineros ya fueron trasladados hacia la AFP Protección S.A. cuando se realizó el respectivo traslado.

Que al no tener el formulario de vinculación, no existe un documento por el cual la AFP hubiese adquirido un contrato a nombre de la señora Olaya durante la vigencia de afiliación en Skandia, sin que hubiese tenido la necesidad de girar dichos dineros a la aseguradora, por lo que dicha condena debe ser traslado a la llamada en garantía.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en sus contestaciones de

demanda, al considerar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

La llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. solicitó que se mantuviera incólume la decisión de primera instancia, en cuanto se absolvió a la entidad de las pretensiones incoadas en su contra, pues las argumentaciones de Skandia S.A. no tienen el alcance para contrastar y demeritar tanto los argumentos del juzgado como las excepciones propuestas.

La parte actora solicita que se confirme de manera integral la sentencia de primera instancia, reiterando que las AFP no informaron a la demandante sobre las consecuencias del traslado.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en tanto se concedió el grado jurisdiccional de consulta a favor a Colpensiones. Asimismo, se estudiarán los aspectos apelados por Skandia S.A.

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 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).

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 que en la página 28 del ítem 20 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación y traslado de régimen a Cesantías y Pensiones Colmena, diligenciado el 26 de abril de 1996, así como los formularios de los traslados realizados de manera horizontal a Colpatria el 30 de septiembre de 1998 (ítem 21), a Skandia S.A. el 20 de junio de 2008 (ítem 17), y a Protección S.A. el 29 de marzo de 2010 (ítem 20).

En suma, se recibió interrogatorio de parte de la señora Gloria Eugenia Olaya Ríos, quien manifestó que recibió información general al momento de trasladarse a Colmena, informándoseles únicamente los beneficios de la AFP, que el valor sería mejor y que se pensionaría a una edad temprana; que no se le explicó que tendría una cuenta de ahorro individual; que sus traslados a los demás fondos privados están ligados con el cambio de empleador; refiere de manera general, que sus afiliaciones a las AFP no se vieron acompañadas de información sobre ambos regímenes pensionales.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la parte demandante de una forma expedita, aun cuando las demandadas estaban 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 a la señora Gloria Eugenia Olaya Ríos 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 ni su permanencia en el fondo - ni el hecho de trasladarse entre estos, genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

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 adocinado 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 las demandadas enseñaron de manera incompleta las calidades del producto que ofrecían 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 Colmena S.A. el 26 de abril de 1996 y posteriores, se tornan ineficaces, 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.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de Porvenir S.A y Skandia S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso 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, y demás emolumentos, 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 acceder a este punto de apelación. 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 ibídem-.

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, frente a la petición de la recurrente Skandia S.A. sobre condenar a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. para que efectúe la devolución de lo cancelado por concepto de seguros previsionales, desde ya establecerá la sala, que es la AFP la entidad encargada de efectuar la devolución de los gastos de administración, incluidos dichos valores, con cargo a su propio patrimonio tal y como lo dispuso el juez de primera instancia, y es que no puede desconocerse que la ineficacia del traslado que ha sido declarada en el presente proceso, corresponde a la conducta indebida de la administradora, lo que no conllevaría a afectar a un tercero que no ha actuado de mala fe.

Inclusive la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en Sentencia SL562-2022, rad. 87239, del 27 de abril de 2022, Mag. Ponente Dr. Gerardo Botero Zuluaga, reiteró lo expuesto en la Sentencia SL del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, donde se indicó que:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, **los cuales serán asumidos por la***

Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...). Negrilla fuera del texto.

Es por lo anterior, que no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia frente a lo apelado por Skandia S.A.

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 los efectos de la nulidad o ineficacia precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

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 Protección 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.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente dado el resultado adverso de su apelación.

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 26 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Gloria Eugenia Olaya Ríos en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia 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., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

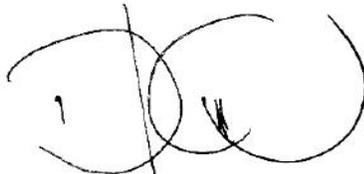
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente Skandia S.A. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105012202100321-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA CRISTINA POVEDA GONZÁLEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** 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 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, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

María Cristina Poveda González promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado realizado a las AFP demandadas, declarando

vigente y sin solución de continuidad la afiliación a Colpensiones; condenar a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el 100% del valor de los aportes mensuales efectuados en su cuenta individual para la pensión de vejez, con los rendimientos generados, en forma proporcional al tiempo de afiliación en cada una de ellas, debidamente indexados; condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez establecida en los artículos 34 de la Ley 100 de 1993 y 10 de la Ley 797 de 2003, junto con las mesadas adicionales, a partir del momento en que se acredite el cumplimiento de los requisitos de edad y número de semanas de cotizaciones para el efecto; que se condene a la indexación de las sumas de dinero dejadas de percibir en forma oportuna, esto es, desde la fecha en que acredite cumplir los requisitos para la pensión de vejez y hasta la fecha de su pago efectivo, a lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 1 de mayo de 1968; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales en agosto de 1991, sin embargo, que para el 29 de agosto de 1994 se trasladó a Colfondos S.A., sin que se le hubiese informado sobre la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para obtener la pensión de vejez.

Refiere que el 1 de julio de 1995 se trasladó a Porvenir S.A., habiéndose limitado a la AFP a entregarle un documento titulado “cálculo bono pensional de acuerdo con el Decreto 1748 de 1995”, sin que se hubiese dado información sobre la edad mínima y el saldo que debía acreditar para obtener la pensión de vejez.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; frente a los hechos en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarles. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Colfondos S.A. dio contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la edad de nacimiento de la demandante, su traslado a dicha AFP, la petición que les fuere elevada y su contestación. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencias de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, 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.

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 fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, su traslado a Colfondos S.A., la reclamación administrativa presentada por la actora, 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 24 de octubre de 2022 el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora María Cristina Poveda González del RPMPD al RAIS administrado por Colfondos S.A. el 29 de agosto de 1994, declarándola válidamente vinculada al RPMPD; condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, 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 la demandante en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados; condenar a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados durante el tiempo que permaneció afiliada debidamente indexados; condenar a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegren las AFP, actualizando la historia laboral de la demandante; declarar probada de oficio la excepción de petición antes de tiempo, y no probadas las demás; abstenerse de pronunciarse de fondo respecto a la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez; condenando en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A.: interpone recurso de apelación de manera parcial, únicamente frente a la decisión de devolver los gastos de administración, las sumas adicionales de la aseguradora, las comisiones, y demás sumas debidamente indexadas, lo cual no resulta procedente, en tanto la Ley 100 de 1993 dispone que también en el RPMPD se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración y seguros previsionales, por lo que dichas sumas no están destinadas a financiar la pensión de vejez y están sujetas a la excepción de prescripción, lo cual debió declararse, máxime, cuando se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

En relación a que las sumas deben devolverse de manera indexada, considera que las condenas resultan excluyentes.

COLPENSIONES: manifiesta el apoderado que se ratifica de todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, aduciendo que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, habiéndose demostrado en el interrogatorio de parte, que esta tenía conocimiento de las consecuencias de trasladarse de régimen.

Asimismo, que la actora realizó traslados horizontales, dentro de los cuales se le explicó cuáles eran las características de los regímenes pensionales, generando la decisión de primera instancia la descapitalización del sistema pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en sus contestaciones respectivamente.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor. Asimismo, se estudiarán los puntos apelados por la AFP Porvenir S.A.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.***”

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 4 del expediente digital consta formulario de afiliación de la demandante a Porvenir S.A. diligenciado el 20 de junio de 1995, y si bien Colfondos S.A. no aportó el formulario suscrito con dicha entidad, su afiliación se corrobora en el certificado de Asofondos, donde consta que el mismo se efectuó el 29 de agosto de 1994.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora María Cristina Poveda, quien manifestó que su traslado a Colfondos S.A. se dio cuando una persona se acercó a la empresa en la que laboraba, quien le indicó que el ISS se acabaría, y que debía trasladarse a otro fondo, sin que se le hubiese dado información sobre las diferencias de regímenes pensionales; que la reunión se realizó de manera individual; que no se le informó que sus aportes tendrían rendimientos; que no le informaron que su pensión sería heredable y que podría tener una pensión anticipada; que su afiliación a Porvenir S.A. se dio cuando un asesor se acercó a su sitio de trabajo, quien les indicó cuales eran las ventajas de trasladarse; que le informaron que su pensión podría reclamarse antes de tiempo; que le informaron que podría hacer aportes voluntarios.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun

cuando estaba Porvenir S.A y Colfondos S.A. 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 a la señora María Cristina Poveda González 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 permanecer en el RAIS o trasladarse entre fondos, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando las demandadas enseñaron de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Colfondos S.A el 29 de agosto de 1994 se torna ineficaz, al igual que el realizado a Porvenir S.A., 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso.

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 de los fondos demandados. 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, pues si bien la apoderada de Porvenir S.A. manifiesta que las condenas resultan excluyentes, lo cierto es que considera esta corporación, que las mismas resultan procedentes, y que, inclusive, dicha disposición ha sido dictada por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

Por otra parte, 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 Porvenir 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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,

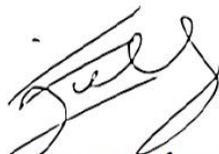
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por María Cristina Poveda González contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías 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 Colpensiones 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



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105017202000325-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Luis 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 y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA ESPERANZA AGUILAR TORRES** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** 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 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

Martha Esperanza Aguilar Torres promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado y afiliación del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A.; que se ordene a dicha AFP a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual; al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que inició a efectuar cotizaciones el 13 de enero de 1983 al Instituto de Seguros Sociales; que para el día 21 de abril de 1996, fecha en que se presentó un funcionario de

Porvenir S.A. señalándole que el ISS se acabaría, y que debían trasladarse obligatoriamente de fondo, efectuó afiliación.

Refiere que el 21 de noviembre de 2018 la AFP le envió una simulación pensional, en la que se establecía que una vez cumpla con los requisitos, devengaría un salario mínimo.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Mediante providencia del 5 de mayo de 2022, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso tener por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A. y Colpensiones, al considerar que, si bien las mismas fueron notificadas en debida forma, una vez vencido el término, guardaron silencio, teniendo dicha omisión como indicio grave en su contra conforme lo dispone el parágrafo 2 del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de octubre de 2022 el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la señora Martha Esperanza Aguilar Torres al RAIS, y por consiguiente, no produjo efectos jurídicos; declarar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, y que Colpensiones tiene la obligación de validar su afiliación sin solución de continuidad; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, debiendo además devolver los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades; ordenar a Colpensiones a recibir el traslado de fondos que se efectúe y a convalidarlos en su historia laboral, condenando en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A.: Interpone recurso de apelación de manera parcial, frente a la disposición de devolver los gastos de administración, y demás emolumentos de manera indexada, en tanto el RPMPD también dispone el descuento del 3%, generándose así una doble condena, máxime, cuando los mismos no están dirigidos a financiar la pensión de vejez de la demandante, debiendo declararse probada la excepción de prescripción.

COLPENSIONES: Interpone recurso de apelación únicamente frente a la condena en costas, pues si bien la entidad hace una oposición a las

pretensiones de la demanda, lo cierto es que lo hace basado en las disposiciones legales y las pruebas documentales que fueren aportadas al proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como la demandada Porvenir S.A. allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en su contestación respectivamente.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor. Asimismo, se estudiarán los puntos apelados por la AFP Porvenir S.A.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de***

Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 fuere decretado de oficio por el a quo, se verifica que en el ítem 18 del expediente digital obra formulario de afiliación y traslado de régimen de la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., diligenciado el 29 de abril de 1996, situación corroborada en el certificado de Asofondos y en la historia laboral que fuere aportada por la AFP.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Martha Esperanza Aguilar Torres 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 ineficaz esta afiliación, máxime, cuando permanecer en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 29 de abril de 1996 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso.

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 de los fondos demandados. 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 error 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, pues si bien el apoderado de Porvenir S.A. manifiesta que se le impuso doble sanción, lo cierto es que considera esta corporación, que las condenas no son excluyentes, y que, inclusive, dicha disposición ha sido dictada por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

Por otra parte, 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 Porvenir 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.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la

censura, encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria y posterior condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces, que deberá confirmarse la condena impuesta en primera instancia frente al pago de costas, en tanto la recurrente se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, máxime, cuando no se avizora justificación alguna para su exoneración.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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 día 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Martha Esperanza Aguilar Torres contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones 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 Colpensiones y Porvenir S.A. Fíjese 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



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105034202100412-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero (1) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA ESPERANZA CORREAL LÓPEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** 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 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, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Astrid Jasbleyde Cajiao Acosta, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.938.149 y tarjeta profesional 282.206 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

María Esperanza Correal López promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y

la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada el 20 de mayo de 1998 al RAIS administrado por la AFP demandada; que se disponga el traslado a Colpensiones de todos los aportes, cuotas de manejo, y rendimientos efectuados; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que en el año 1998 recibió una charla en las instalaciones del Banco de Occidente, y que, como consecuencia de la información brindada se vinculó a Porvenir S.A. el 20 de mayo de 1999, sin que se le hubiere brindado información pertinente, veraz y oportuna sobre la decisión tomada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo los relacionados con la asesoría que recibió la demandante en 1998, las peticiones elevadas por la actora a Porvenir S.A., las semanas cotizadas, y la simulación pensional que le realizare la AFP. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir 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 afiliación de la demandante a la administradora desde 1999. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de septiembre de 2022 el Juzgado Primero (1) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado por la señora María Esperanza Correal López; ordenar a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, quien deberá reactivar la afiliación de la actora y recibir todos los dineros

que le fueren trasladados; declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de Colpensiones presentó recurso de apelación, manifestando que no se encuentra de acuerdo con la tesis del despacho de conocimiento, pues aduce que la demandante en ninguno de los hechos refirió que no se le hubiese dado información clara, necesaria y oportuna, siendo la actora quien tiene la carga de la prueba, sin que se pueda hacer un traslado de la misma.

Refiere la apoderada que en el caso concreto existe aceptación tácita de la afiliación, aunado a que no se evidenció valoración probatoria de manera completa, pues del interrogatorio de parte, se comprueba que si se dio la información, máxime, cuando posterior al traslado existieron otras reuniones a las que la actora no quiso asistir.

En suma, indica que la señora María Esperanza Correal no puede trasladarse a la entidad, ya que se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003, sin que deba condenarse en costas a la entidad.

Por último, que, en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, se entienda que todos los valores, tanto lo que se descuenta por seguros y demás sean trasladados a Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en sus contestaciones de demanda, al considerar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 6 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen de la demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., diligenciado el 20 de mayo de 1999, lo cual se corrobora en el certificado de Asofondos.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora María Esperanza Correal López, quien manifestó que en 1998 Porvenir S.A. le dio información sobre los beneficios que tendrían en caso de trasladarse a dicha AFP; que le les informó que tendrían mejor mesada pensional, que recibiría su mesada antes de la edad, que se les devolverían los aportes, y que el ISS estaba quebrado, siendo riesgoso seguir en tal fondo; que se trasladó en 1999 por la presión de la entidad donde laboraba, pese a las continuas charlas que se programaban; que no retornó a Colpensiones por los beneficios que la AFP le ofreció; que no le informó cómo podría obtener si pensión anticipada; que no se le informó que era la garantía de pensión mínima; que no le dieron información sobre los aportes voluntarios; que no le informaron cuales eran los beneficios que perdería en caso de trasladarse de fondo; que la asesoría duró entre 40 a 60 minutos, las cuales eran grupales.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Invertir hoy Porvenir S.A. obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora María Esperanza Correal López 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 permanecer en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno, aunado a que, no puede excusarse

la AFP de no haber proporcionado asesorías, cuando los traslados se efectúen a través del empleador, aún más, cuando los formularios cuentan con la firma de un asesor, que no prestó la correspondiente asesoría.

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 Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a Porvenir S.A el 20 de mayo de 1999 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso.

Continuando con lo que es tema de apelación, y en cuanto aduce la apoderada de Colpensiones que todos los valores deben retornar a Colpensiones, inclusive lo que se descuenta por seguros, y teniendo en cuenta que la a quo no efectuó manifestación alguna, habrá lugar a adicionarse a la sentencia la devolución de dichos factores, 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 bonos pensionales a los que haya lugar, gastos de administración, 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, como quiera sin 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 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 relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

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 Protección 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.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación,

casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)" (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por la apoderada de Colpensiones para solicitar su exoneración, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto sus pretensiones de obtener la absolución no prosperaron.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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: ADICIONAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero (1) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. deberá devolver a la

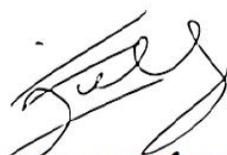
Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, además de los emolumentos ordenados en primera instancia, los bonos pensionales a los que haya lugar, gastos de administración, comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero (1) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, en todo lo demás.

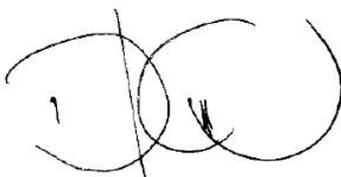
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente Colpensiones. Fíjese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105037202000427-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo 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 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 y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veintiún (21) de julio de 2022 por el Juzgado treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LILIANA CIFUENTES OSORIO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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

Liliana Cifuentes Osorio, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen realizado el 1 de octubre de 1996 por la demandante del ISS hoy COLPENSIONES a ING hoy PROTECCIÓN S.A., por cuanto no se dio la suficiente información e ilustración, en consecuencia, se ordene a las demandadas adelanten las gestiones administrativas correspondientes, se condene a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, se ordene a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante y actualizar la historia laboral, se condene a las demandadas en costas y gastos del proceso, a lo extra y ultra petita.

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 20 de abril de 1967, que cumple la edad para acceder a la pensión de vejez el mismo día y mes del año 2024, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1 de agosto de 1995 cotizando al RPM 8.29 semanas con diversos empleadores, que el 1 de octubre de 1996 estando vinculada con el empleador Fundación de Servicio Social se trasladó del ISS al RAIS mediante afiliación con ING hoy PROTECCIÓN S.A. sin que se otorgara la información suficiente, aunado a lo anterior, no habían transcurrido los 3 años mínimos requeridos para la época a efectos de proceder con el traslado, posteriormente el 1 de abril de 1999 se trasladó de AFP PROTECCIÓN a PORVENIR S.A. y nuevamente el 1 de agosto de 2010 retorno a AFP PROTECCIÓN, que desde el momento del traslado a la fecha a cotizado 1.064 semanas y un total de 1.072 semanas en el sistema general de pensiones, que el 24 de abril de 2019 solicito ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. la ineficacia del traslado de régimen. (Archivo 01.DemandayAnexos.pdf)

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, 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 **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de mérito; 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, 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 por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica. (Archivo 06.ContestaciónProtección.pdf).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso en su defensa las excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 07.ContestaciónPorvenir.pdf).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones perentorias que denomino; el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica. (Archivo 05.ContestaciónColpensiones.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veintiún (21) de julio de 2022 por el Juzgado treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado entre regímenes pensionales efectuado por la demandante del RPM al RAIS administrado por AFP DAVIVIR el 12 de agosto de 1996, en consecuencia declarar valida la afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, condenar a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de ahorro de la demandante, condenar a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES los valores cobrados por gastos de administración por el periodo de vinculación de la demandante, declarar no probadas las excepciones propuestas, sin costas. (Archivo 16.ACTA AUDIENCIA 21 DE JULIO 2022 – CONDENA – APELAN ult.pdf)

De los recursos de apelación

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitando que se revoque de manera integral, argumentó que; si bien existe un precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia

el cual no puede ser aplicado de manera homogénea a todos los casos, ya que la demandante realizó su traslado de manera voluntaria y sin presiones en 1996 con AFP DAVIVIR y posteriormente con PORVENIR en 1999 tal como quedó consignado en el interrogatorio de parte, siendo informadas las características, condiciones y desventajas del régimen, lo cual también podía ser válido por la demandante, en virtud, a su deber de consumidora financiera. En cuanto, a los gastos de administración, estos tienen una destinación específica autorizada por la ley, por lo que la devolución es improcedente.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; el deber de información el cual se intensifica con la Ley 1328 de 2009, sin que entonces pueda requerirse formalidades en la asesoría previa al traslado, cuando este se dio en el año 1996, ahora bien, las características de los regímenes están consagradas en la Ley 100 de 1993 siendo de alcance nacional para que todos los ciudadanos la consulten y conozcan, sin que pueda entonces alegarse ignorancia, pues el formulario se suscribió de manera voluntaria, así como las vinculaciones horizontales, además los afiliados tienen obligaciones como consumidores financieros, además no debe olvidarse el principio de sostenibilidad financiera, ya que el reconocimiento a un derecho pensional deriva en menoscabo patrimonial, por lo que solicita la absolución, de llegarse a confirmar de forma subsidiaria, solicita absolver de las costas, bajo el argumento de que la entidad no tuvo injerencia alguna en el traslado al RAIS y que se mantenga la decisión frente a la devolución de aportes, con los respectivos rendimientos y gastos de administración a fin de atenuar el quebranto patrimonial.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la demandante y las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron alegatos de conclusión así; el apoderado de la demandante solicitó se confirme la sentencia apelada, por su parte PORVENIR S.A. solicita se revoque el fallo de primera instancia y se le absuelva de las condenas impuestas, para lo cual resalta que para el momento de la vinculación de la demandante al RAIS se cumplió con el deber de información establecido en las normas vigentes, por último, COLPENSIONES solicita se revoque el fallo proferido y se absuelva a la entidad reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación. De otro lado, la demandada PROTECCIÓN S.A. guardó silencio.

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 Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada y **iv)** si debe condenarse en costas procesales a COLPENSIONES. 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 24 de abril de 2019 y su respuesta en la misma fecha, donde le fue negado el traslado al RPMPD (Archivo 01.DemandayAnexos.pdf, fls. 116 a 128).

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 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 perjudicarle</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.

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) la demandante nació el veinte (20) de abril de 1967 (archivo 01.DemandayAnexos.pdf, fl. 86), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 01 de agosto de 1995 y el 30 de septiembre de 1995 un total de 8.29 semanas (Archivo 01.DemandayAnexos.pdf, fl. 87), iii) que el doce (12) de agosto de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. DAVIVIR hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde el 1 de agosto de 1996 (archivo 06.ContestaciónProtección.pdf, fls. 70 al 72). vi) que el doce (12) de abril de 1999 se trasladó de A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de junio de 1999 (archivo 07.ContestaciónPorvenir.pdf, fls. 40 y 42), según la historia laboral aportada por AFP PROTECCIÓN cuenta con 1.076,72 semanas al 27 de octubre de 2020 (Archivo 06.ContestaciónProtección.pdf fl. 30).

Del interrogatorio de parte practicado a la 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 refiere que se vinculó a AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., ya que dijo que ingreso a laborar con la Alcaldía de Soacha en un puesto de salud y en su vinculación de dieron varios formularios para diligenciar entre ellos el de la AFP DAVIVIR, pues lo único que hizo fue tramitar y suscribir el documento, sin que se diera información alguna por parte de un asesor, ya que la única información que se dio fue para el año 2011 cuando se trasladó de fondo pensional por un asesor de ING que indico ser una empresa Española en la cual estaría garantizada la solidez de sus aportes, para que no corriera riesgo, colocando como ejemplo la situación del ISS.

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 adocinado 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 a la demandante de una forma expedita, aun cuando Protección S.A. y Porvenir S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Liliana Cifuentes Osorio 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, 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 que 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 acceder a este punto de apelación. 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 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 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.”

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Protección 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 DAVIVIR hoy Protección S.A. el doce (12) de agosto de 1996 con efectividad el 1 de agosto 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 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.

De la imposición en costas

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)* (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria y posterior absolución.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia con relación a las demandadas, quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que no se revocará dicha condena, conforme se solicitó en el recurso de apelación por COLPENSIONES.

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 su apelación.

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

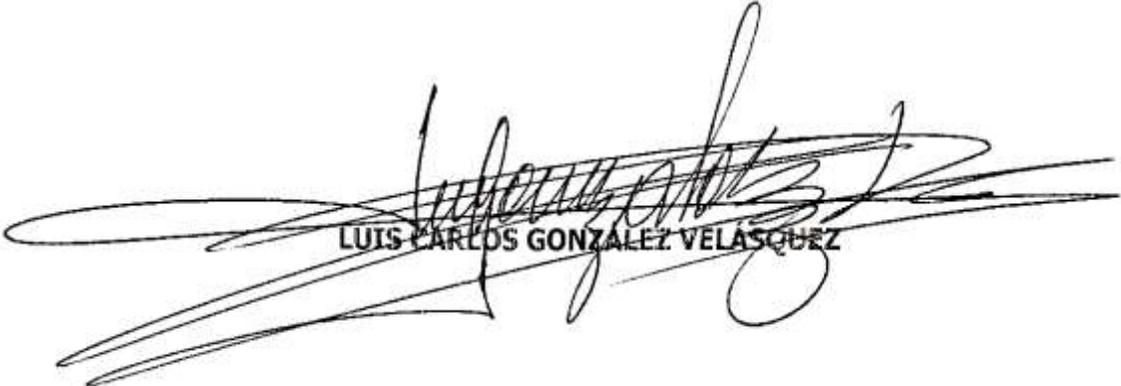
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintiún (21) de julio de 2022 por el Juzgado treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **LILIANA CIFUENTES OSORIO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **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 y Porvenir 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 se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

En uso de permiso
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: 110013105027202000455-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Luis 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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 6 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARISOL ROJAS LAVERDE** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** 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 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, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional 365.094 del C.S.J., como apoderado especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Marisol Rojas Laverde promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada a Porvenir S.A. el 13 de marzo de 1996; que se condene a Colpensiones a recibirla en el RPMPD; que se condene a Porvenir S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e

intereses, con los rendimientos que se hubieren causado; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 29 de abril de 1964; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de julio de 1985 hasta el 13 de marzo de 1996, fecha en la cual se trasladó a Porvenir S.A., por cuanto un asesor de dicha AFP le ofreció el beneficio de pensionarse a más temprana edad, manifestándole que el ISS sería liquidado y sus aportes se encontrarían en riesgo.

Refiere que el asesor no le indicó el plazo para retornar al RPMPD, ni le realizó una proyección pensional.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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 fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, la reclamación que elevó la actora a la entidad y su respuesta. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir 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 los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su traslado al RAIS, el capital acumulado, la proyección pensional que le fuere realizada a la actora en 2020, y la petición elevada. 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de octubre de 2022 el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado de la señora Marisol Rojas Laverde del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A.; condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales; ordenar a Colpensiones a afiliarse nuevamente a la actora al RPMPD, y a recibir las cotizaciones provenientes del RAIS; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de Colpensiones presentó recurso de apelación, manifestando que la administradora no comparte la decisión, pues en el transcurso del proceso no se logró demostrar el supuesto engaño alegado por la demandante, así como la falta de información al momento de la asesoría.

Refiere que en los formularios de afiliación firmados por la actora se encuentra la manifestación expresa de que lo hizo de manera libre y por su propia voluntad, habiéndose efectuado el trámite con el lleno de los trámites legales, sin que sea procedente que después de más de 20 años indique que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas.

Resalta que el actuar de Colpensiones siempre ha estado sujeto a los lineamientos jurisprudenciales que han tratado el tema de la ineficacia, concluyendo que la señora Rojas no tiene derecho a retornar al RPMPD.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en sus contestaciones de demanda, al considerar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 12 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen de la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., diligenciado el 13 de marzo de 1996, lo que además se puede verificar en el certificado de Asofondos.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora Marisol Rojas Laverde, quien manifestó, en síntesis, que en el año 1996 se presentó un asesor en las instalaciones en las que laboraba, y que en una reunión de no más de 10 minutos, este le indicó que el ISS se acabaría y que su pensión sería mucho más alta en el RAIS; que se le exteriorizó que en caso de no quererse pensionar, se le devolverían sus aportes; que su afiliación fue libre y voluntaria, pero teniendo en cuenta los beneficios que le fueron presentados en dicha data; que no le hablaron sobre la oportunidad de hacer aportes voluntarios; que el asesor no le indicó cuales serían las desventajas del RAIS.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Marisol Rojas Laverde 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 el hecho de trasladarse entre fondos o permanecer en el RAIS por más de 20 años, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 13 de marzo de 1996 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

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 Porvenir 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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 día 6 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Marisol Rojas Laverde contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones 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.

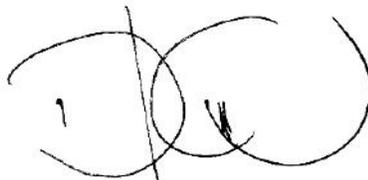
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente Colpensiones. Fíjese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105037202000534-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Luis 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 y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 4 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MIGUEL ENRIQUE REDONDO MAZA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** 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 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, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Nedy Johana Dallos Pico, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.019.135.990 y tarjeta profesional 373.640 del C.S.J., como apoderada especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Miguel Enrique Redondo Maza promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del formulario, mediante el cual se materializó el traslado del ISS a Porvenir S.A.; que se ordene a dicha AFP a retornar sin solución de continuidad, todos los frutos civiles, por concepto de intereses, bonos pensionales, rendimientos financieros, por la cotización mensual, desde la fecha que se materializó el traslado de la afiliación a

Colpensiones; que se ordene a Colpensiones a reasumir su afiliación sin solución de continuidad; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que se encontraba afiliado al RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales, sin embargo, que se trasladó para Porvenir S.A. el 1 de septiembre de 1999, sin que fuera debidamente asesorado o informado.

Refiere que nunca tuvo información sobre las diferencias entre ambos regímenes pensionales, los beneficios, riesgos, y desventajas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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, y la petición que fuere elevada ante la entidad. Propuso las excepciones perentorias que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir 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 los relacionados con el traslado del demandante al RAIS, y la reclamación que fuere elevada ante la entidad. 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de octubre de 2022 el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor Miguel Enrique Redondo Maza del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el ISS al régimen del ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 10 de mayo de 2002. En consecuencia, declara válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; condenar a la demandada Porvenir S.A., a transferir a la Colpensiones, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a la AFP demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

COLPENSIONES: Aduce que, respecto al deber de información en cabeza de la AFP, las demandadas no desconocen su existencia desde el año 1993, sin embargo, que dicho deber se intensifica posteriormente, por lo que no es dable exigir las mismas formalidades para la data del traslado, máxime, cuando el traslado se efectuó en el año 2002; que adicionalmente el demandante manifestó que no se le manifestaron las ventajas del régimen, sin embargo, que dichas condiciones se encuentran en la Ley 100 de 1993, la cual a ser una norma de alcance nacional, debe ser conocida por el actor, por lo que, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, no demostrándose vicio en el consentimiento, considerando imposible efectuar una proyección pensional, al no poder calcular los aportes futuros, siendo además un deber del actor informarse, aunado a que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera.

PORVENIR S.A.: Refiere que si bien es cierto que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que solo resulta aplicable de manera diferenciada según de los supuestos fácticos que exigen una similitud que en el presente caso no se avizora; considera el apoderado que el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP, sin que para el momento del traslado existiera la amplia línea jurisprudencial que se ha desarrollado actualmente, y que lo ha hecho más exigente.

Adicionalmente, manifiesta que en la sentencia de instancia se aplican unos efectos, debiendo tenerse en cuenta que en este tipo de asuntos, los gastos de administración y sumas por seguros previsionales siempre serán un reparo, máxime, cuando según la legislación, este no va destinado a la financiación de la pensión de los afiliados sino que es un costo en que se incurre por administración, y unos seguros previsionales que son cancelados de manera mensual a través de unas aseguradoras, estando la prestación amparada bajo las mismas. De igual manera, que se ordena la indexación de estos valores, lo cual no resulta procedente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. presentaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en sus respectivas contestaciones, solicitando así, la absolución de las pretensiones incoadas en su contra.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor. Asimismo, se estudiarán los puntos apelados por la AFP Porvenir S.A.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 8 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen del demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., diligenciado el 10 de mayo de 2002, lo que se corrobora en el certificado de Asofondos.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte del señor Miguel Enrique Redondo Maza, quien manifestó que realizó su afiliación a Porvenir S.A. en el año 2002, al momento de ingresar a laborar en una entidad de salud; que ningún asesor le dio información sobre las consecuencias del traslado; que al momento de firmar el formulario de afiliación no se encontraba presente ningún asesor, y que el mismo fue suministrado por su empleador; que no se acercó al

ISS para solicitar información posteriormente; que no le puso de presente a su empleador que no quería trasladarse, ya que necesitaba el trabajo; que para el año 2002 desconocía los requisitos para pensionarse en el RPMPD.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Miguel Enrique Redondo Maza 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 permanecer en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 10 de mayo de 2002 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera 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 de los fondos demandados. 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 error 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 cubre 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, pues si bien el apoderado de Porvenir S.A. manifiesta que no resulta procedente, lo cierto es que considera esta

corporación, que las condenas no son excluyentes, y que, inclusive, dicha disposición ha sido dictada por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

Por otra parte, 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 Porvenir 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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,

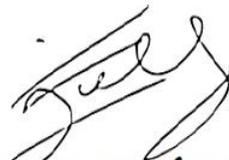
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 4 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Miguel Enrique Redondo Maza contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones 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 Colpensiones y Porvenir S.A. Fíjese 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



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023202100575-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de marzo 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 Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA PATRICIA ESCOBAR RUÍZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, con la vinculación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional 365.094 del C.S.J., como apoderado especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Martha Patricia Escobar Ruíz promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.,

pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por Protección S.A., declarándose que siempre ha estado afiliada a Colpensiones; que se condene a la AFP demandada a devolver al RPMPD todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos, rendimientos financieros, intereses y gastos de administración, debiendo validarse los aportes, y actualizarse la historia laboral; al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que fue trasladada del RPMPD al RAIS el 1 de abril de 2004, sin embargo, que una vez efectuó el traslado, se omitió la obligación de buen consejo, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios, contras y consecuencias del traslado.

Mediante providencia del 11 de agosto de 2022, el juzgado de conocimiento dispuso la integración del contradictorio con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos manifestó en su totalidad no ser ciertos o no constarle. 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 y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara 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, re asesoría y convalidación de la voluntad del afiliado, 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 el relacionado con la petición elevada a la entidad el 20 de octubre de 2021. Propuso las excepciones de mérito que denominó 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, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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, prescripción, innominada o genérica.

La vinculada Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda; 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de octubre de 2022 el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora Martha Patricia Escobar Ruíz al RAIS administrado por Protección S.A., los realizados de manera horizontal; condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de junio de 2003 al 31 de marzo de 2004, con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago; condenar a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de las afiliaciones de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago; condenar a Colpensiones a recibir a la accionante en el RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado, debiendo corregir su historia laboral; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenando en costas a Protección S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A.: Refiere que no hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, en el entendido de que no se incumplió por parte de la entidad con el deber de información que le asistía a la entidad, de acuerdo al contexto histórico en que la demandante efectuó la vinculación; sin embargo, que en caso de confirmarse dicha condena, deben analizarse las consecuencias jurídicas que se derivan, considerando que la indexación ordenada se torna improcedente, toda vez que en el momento en que la demandante estuvo vinculada se le generaron unos rendimientos financieros, los cuales garantizan que no se pierda el valor adquisitivo,

generándose un doble pago. Igualmente, que no hay lugar a efectuarse la devolución de los gastos de administración toda vez que estos fueron descontados en virtud de una autorización legislativa, permitiendo que se efectuara una buena gestión, generándose un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, siendo de igual manera improcedente la devolución de los conceptos de seguros previsionales.

COLPENSIONES: Aduce que debe tenerse en cuenta que en el presente caso no se evidencian vicios del consentimiento, pues no hay una expectativa legítima, como quiera que la demandante al momento del traslado contaba con menos de 750 semanas cotizadas, faltándole más de 20 años para acceder a la pensión de vejez, aunado a que se encuentra inmersa en la prohibición para retornar al RPMPD, sin que sea válido únicamente afirmar la inconformidad con la mesada pensional que obtendría actualmente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, la demandada Porvenir S.A. presentó alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en su escrito de contestación, solicitando así la revocatoria de la decisión de primera instancia.

Por su parte, el apoderado de la parte actora peticiona que la sentencia debe ser adicionada en el sentido de condena en costas a las demandadas, en la tasa máxima permitida.

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 su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor. Asimismo, se estudiarán los puntos apelados por la AFP Porvenir S.A.

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 H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o 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, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, 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. Ely 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 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada 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, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las 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 la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia 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 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 en el ítem 15 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen de la demandante a Colmena, diligenciado el 14 de julio de 1998; asimismo, se corrobora que esta efectuó traslado de AFP a Porvenir S.A. el 11 de abril de 2003, retornando nuevamente a Protección S.A. el 23 de febrero de 2004.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora Martha Patricia Escobar, quien manifestó que fue trasladada sin su autorización, y que no firmó los formularios; que cuando ingresó a Colsanitas tampoco tuvo reunión con ningún asesor, y que únicamente le hicieron entrega de los papeles para la firma; que cuando estuvo en el grupo Saludcoop, cuando iba a cumplir 5 años en la organización una persona les indicó que se pensionaría a los 47 años, momento desde el cual está en Protección S.A.; que no se le informó que no podría retornar a Colpensiones; que no le realizaron cálculos pensionales; que no hizo reclamaciones por la firma que reposa en el formulario que no es suya, en tanto no conocía el mismo con anterioridad ni las consecuencias que tendría; que conoce los requisitos para pensionarse con Colpensiones.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaban Protección S.A. y Porvenir S.A obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Martha Patricia Escobar Ruíz 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 permanecer en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando las demandadas enseñaron de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Colmena hoy Protección S.A el 14 de julio de 1998 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, pues si bien indicó el actor que durante la asesoría se realizaron unos cálculos, al no obrar constancia, no se puede corroborar este colegiado que en efecto se tratase de una proyección pensional, y que montos arrojó la misma.

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 de los fondos demandados. 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, pues si bien la apoderada de Porvenir S.A. manifiesta que se le impuso doble sanción, lo cierto es que considera esta corporación, que las condenas no son excluyentes, y que, inclusive, dicha disposición ha sido dictada por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 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.

Por otra parte, 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 Porvenir 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia 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 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 día 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado Martha Patricia Escobar Ruíz contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la 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.

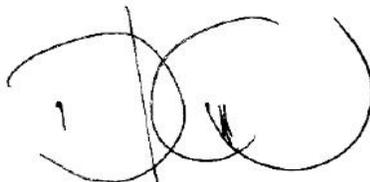
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una, la suma de \$1.160.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado