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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501520210025901

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad 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 de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de julio de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA PATRICIA FERREIRA MELO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** 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 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 a la Dra. Gabriela Restrepo Caicedo, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.144.193.395 y tarjeta profesional 307.837 del C.S.J., como apoderada especial de Skandia S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Se reconoce personería adjetiva a la Dra. Angélica María Cure Muñoz, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y

tarjeta profesional 369.821 del C.S.J., como apoderada especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Martha Patricia Ferreira Melo promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia 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 del RPMPD al RAIS; que se ordene a Skandia S.A. y a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, voluntarios, rendimientos y gastos de administración generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración; ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación del demandante, y recibir todas las sumas devueltas por los fondos privados de Skandia S.A. y Porvenir S.A., así como actualizar su historia laboral; condenar a Skandia S.A. y a Porvenir S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados, y al pago de costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 23 de octubre de 1964, contando con 56 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el año 1987.

Refiere que el día 28 de febrero de 2002, al no recibir la información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna suscribió formulario de afiliación con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; asimismo, que el 28 de abril de 2014 por los mismos móviles equivocados se trasladó horizontalmente a la AFP Skandia S.A.

Que pese a que ha solicitado ante las entidades la ineficacia, nulidad o inexistencia de la afiliación, estas han proporcionado respuesta desfavorable.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma Skandia 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 actora, la proyección realizada por la AFP, la solicitud de ineficacia que le fuere elevada, y su respuesta. Propuso la excepción previa de falta de reclamación administrativa; como de fondo, las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Adicionalmente, Skandia S.A. llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones e indicó que ningún hecho le constaba. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción, innominada o genérica.

Una vez notificada, Colpensiones 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 demandante, su afiliación al ISS, la petición de nulidad que fuere elevada por la actora, y su respuesta negativa. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud elevada y su contestación. 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 19 de julio de 2022 el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora Martha Patricia Ferreira Melo el día 28 de febrero de 2002 del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., y en consecuencia, se ordena a Skandia S.A. a trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos financieros; a que reactive la afiliación que en alguna oportunidad tuvo la demandante, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado; absolver a la llamada en garantía Mapfre Seguros de Vida S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; absolver a Skandia S.A. y Porvenir S.A. frente a la pretensión de reconocimiento y pago de perjuicios morales; condenar a Skandia S.A. a favor de Mapfre S.A. en costas, y sin condena en costas a favor de la parte activa.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y de la demandante presentaron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

Demandante: La parte actora presenta recurso de apelación de manera parcial frente a la no condena en costas a Colpensiones y Skandia S.A., por cuanto son las partes vencidas en el proceso, y las pretensiones del líbelo introductorio fueron concedidas, siendo inclusive, la condena en costas una

de las pretensiones de la demanda, lo cual se establece en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Como segundo punto, presenta recurso de apelación frente a los gastos de administración, toda vez que por los mismos efectos de la nulidad o la ineficacia, se entiende que la demandante siempre ha permanecido en el RPMPD, por lo que dichos recursos debieron ingresar a dicho régimen.

Colpensiones: Aduce la apoderada de la entidad, que de acuerdo a los hechos y a las pruebas del presente proceso, no podía accederse a una pretensión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante, teniendo en cuenta que si se le brindó información por parte de Porvenir S.A. al momento del traslado, y que la misma tenía conocimiento de las características del régimen escogido, tanto, que se trasladó de manera horizontal en el RAIS, lo que se considera como actos de relacionamiento.

Igualmente, y que conforme a lo establecido en el interrogatorio de parte y en los hechos de la demanda, no debe tenerse en cuenta para determinar una ineficacia, ya que fue una decisión libre y voluntaria que no cumplió sus expectativas, lo cual no concluye en una falta de información, causal invocada para la prosperidad de las pretensiones.

Por otro lado, aduce que de acuerdo con el no traslado de la totalidad de la cotización que en primera instancia no se ordena su traslado, indica que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la cesión impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto de traslado, debiendo trasladar la totalidad del capital ahorrado, junto con sus rendimientos, gastos de administración y primas previsionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto tanto en la demanda como 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 particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Skandia S.A. está obligada a la

devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, y **iv)** si Colpensiones y Skandia S.A. deben ser condenadas en costas. 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.

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 perdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, ***si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de***

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

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 59 del ítem 26 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación y traslado de régimen a Porvenir S.A., diligenciado el 28 de febrero del año 2002; de igual manera, en la página 60 del ítem 11 obra el formulario del traslado horizontal realizado a Skandia S.A., diligenciado el día 28 de abril de 2014.

En suma, se recibió interrogatorio de parte de la señora Martha Patricia Ferreira Melo, quien manifestó que en el 2002 trabajaba como profesora en un colegio, y que, en dicha administración se les informó que iría un asesor que los atendería de manera individual; que el asesor le indicó que habría un mejor acompañamiento logístico y administrativo, aunado a que el ISS podría acabarse; que se trasladó a Skandia S.A. por cuanto se sintió engañada por Porvenir S.A.; que desea retornar al RPMPD con el objetivo de tener mejor calidad de vida; en general, que la información otorgada por el asesor de Porvenir S.A. fue muy incompleta y “ambigua”; que no presentó queja ante ninguno de los fondos porque no tenía clara la información; que no ha recibido asesoría por parte de Colpensiones.

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 Porvenir S.A. y Skandia S.A. 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 Martha Patricia Ferreira Melo asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaria 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.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.",* tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y

se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando las demandadas Porvenir S.A. y Skandia S.A. 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 Porvenir S.A. el 28 de febrero de 2002 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 rememorar 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 incursa en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por

la devolución de gastos de administración, se revocará y se accederá a lo apelado, 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 inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.
Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

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

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

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 Skandia 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 ganancia 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.° 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 eximirlas 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 y Skandia S.A., quienes se opusieron 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.

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 19 de julio de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Martha Patricia Ferreira Melo, en cuanto no se accedió a la devolución de gastos de administración por parte de Skandia S.A. con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para en su lugar, **ORDENAR** a Skandia S.A. a trasladar además de los emolumentos indicados en la sentencia de primera instancia,

los gastos de administración de manera indexada, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad surtida en dicha instancia judicial.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el día 19 de julio de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario de la referencia, en cuanto no se condenó en costas a las demandadas Colpensiones y Skandia S.A., para en su lugar **CONDENAR** a dichas administradoras en costas, conforme fue expuesto. Tásense.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 19 de julio de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en todo lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUÍS 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: 11001310500220200045401

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Nulidad y/o 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 de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOSÉ ROBLES FERRER** 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. Viviana Moreno Alvarado, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.093.767.709 y tarjeta profesional 269.607 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido .

ANTECEDENTES

José Robles Ferrer 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 del traslado de régimen efectuado del hoy extinto Instituto de Seguros Sociales a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. en el mes de marzo de 1995, asimismo,

el efectuado a Colfondos S.A., ordenando su regreso automático al RPMPD administrado actualmente por Colpensiones, quien deberá reactivar la afiliación; ordenar a Colfondos S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales del asegurado, así como todos sus frutos e intereses, con los rendimiento que se hubiesen causado; condenar a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez desde el 11 de septiembre de 2018, y a la inaplicación de la Resolución No. 3559 del 2018; al pago de las mesadas ordinarias y adicionales de manera retroactiva, a la indexación de las mismas, intereses moratorios, 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 septiembre de 1956, contando con 64 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que en el mes de octubre de 1983 se afilió al RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales, acumulando allí un total de 327.86 semanas.

Refiere que para el mes de febrero de 1995 los asesores de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. le ofreció la opción de trasladarse al RAIS, asegurándole que el fondo que representaba contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, sin darle completa ilustración e información frente al tema.

Asimismo, indica el demandante que en el mes de marzo de 1998 los asesores de Colfondos S.A. le ofrecieron el traslado de fondo, reiterándole los beneficios del RAIS, por lo que ante la incompleta y genérica información suministrada, y ante la errada expectativa, suscribió formulario de afiliación.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma Colfondos S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo el relacionado con el traslado a dicha AFP. 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

Porvenir S.A. allegó contestación, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito de 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.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser cierto o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, su afiliación al ISS, el cumplimiento de los 62 años de edad en el año 2018, la presentación de la reclamación administrativa y su contestación. Propuso las acepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de agosto de 2022, el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso declarar la ineficacia del traslado realizado por el señor José Robles Ferrer a la AFP Horizontes S.A. hoy Porvenir S.A. el 1 de febrero de 1995 y el realizado en 1998 a Colfondos S.A.; ordenar a Colfondos S.A. a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno; ordenar a Colpensiones a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación de fecha 1 de marzo de 1985, efectuando la respectiva inclusión en las bases de datos e historia laboral; absolver a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra, declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenando en costas a cada una de las demandadas, concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que el reproche frente a la decisión de la a quo, lo es por la indebida valoración probatoria, debiendo tenerse en cuenta que si existió confesión, verificándose que para 1995 el demandante sí estuvo acompañado por un asesor del fondo Horizontes, quien le suministró la información para efectuar el traslado de manera libre y voluntaria; de igual forma, que el demandante es el único que puede acreditar esa información y lo cierto es que puede la misma ser parcializada, lo que se acredita en el interrogatorio de parte, en tanto los indicios son un medio de prueba, al

manifestar que no recuerda la información sobre cuando realizó la solicitud de retorno a Colpensiones, ni su afiliación a Colfondos S.A.

En suma, refiere que existen unos actos de relacionamiento, y que el señor José Robles no es un afiliado lego como el mismo lo ha expuesto, al indicar que es un médico profesional, que tiene conocimiento de los medios para adquirir información, y esto es, la normativa que genera una prohibición de realizar su traslado a 10 años de cumplir la edad para pensionarse, situación que no fue valorada por el juzgado de conocimiento.

Aduce que si bien el formulario de afiliación no es una prueba para lograr el convencimiento del juez, si existen otras pruebas que se aportaron y que debían ser valoradas en conjunto.

Respecto a la carga de la prueba, y que si bien se conoce un precedente jurisprudencial, lo cierto es que se está hablando de hechos ocurridos en 1995, y nadie está obligado a probar lo imposible, y que simplemente las manifestaciones del demandante en su interrogatorio dan cuenta de la buena fe por parte del fondo de que efectivamente si se le brindó una asesoría precontractual.

Considera la recurrente que en el caso concreto es posible hacer un cambio de tesis, y esto es, que existen traslados horizontales, que no se está frente a un afiliado lego, que si recibió una asesoría, estando el demandante próximo a pensionarse, lo que descapitalizaría el sistema, afectando a los demás afiliados del RPMPD, aunado a que la administradora es un tercero de buena fe que no puede ser condenado en costas.

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 tanto en la demanda como 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.

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

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. 11001310502820130062601, 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 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 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 especifico 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 a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. diligenciado el 1 de febrero de 1995; asimismo, historia laboral expedida por Porvenir S.A., recortes de periódicos, relación histórica de movimientos del actor expedida por Porvenir S.A., expediente administrativo de Colpensiones. En el ítem 5 del expediente digital obra historial de vinculaciones, formulario de afiliación a Colfondos S.A. diligenciado el 2 de abril de 1998, y recortes de periódicos.

Igualmente, se recibió el interrogatorio de parte que absolvió el señor José Robles Ferrer, quien manifestó que es médico; que su trasladó a Horizonte

se dio porque cuando llegó a su trabajo, sus compañeros de trabajo estaban reunidos con unos asesores; que un asesor le manifestó que el ISS se acabaría, y que debía cambiarse de fondo de pensiones, debiendo únicamente firmar un formulario de afiliación; que allí no se está dando información adicional sobre el tema pensional; que nunca estuvo informado con lo relacionado al tema de pensiones; que su motivación para retornar a Colpensiones se da porque allí obtendría una mejor pensión; que no se ha acercado a Colfondos S.A. a averiguar sobre su mesada pensional; que no leyó el formulario de afiliación antes de firmarlo, por cuanto debía dirigirse a trabajar; que no le indicaron que era un bono pensional; que no recuerda cual fue su motivación para trasladarse a Colfondos S.A., así como tampoco recuerda haber tenido alguna asesoría; que recibe los extractos de Colfondos; que se enteró que estaba afiliado a Colfondos hace aproximadamente 1 o 2 años que empezó a recibir los correos; que ha cambiado de empleador; que para el año 1995 no conocía los requisitos para pensionarse en el ISS; que cree que la solicitud de retorno a Colpensiones la realizó hace dos años o un año y medio; que no realiza aportes voluntarios; que conoce que los aportes voluntarios son ahorros; que al ser médico lee la prensa y escucha noticieros, considerándose una persona medianamente informada, y es por lo que sabe que son los 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 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, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor José Robles Ferrer asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaria 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 su condición de profesional -médico- ni el hecho de trasladarse entre fondos, 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.

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 1 de febrero de 1995 se torna nula, 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 incursa 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.

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

Por último, 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.

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 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por José Robles Ferrer 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., 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.oo en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 11001310503120210035901

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2023, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: 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 presentados por la parte actora y Skandia S.A. en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS DANIEL VILLALOBOS TORRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** 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. Jorge Enrique Viviel González, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.014.225.303 y tarjeta profesional 277.946 del C.S.J., como apoderado especial de Skandia S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Se reconoce personería adjetiva a la Dra. Angélica María Cure Muñoz, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional 369.821 del C.S.J., como apoderada especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Luis Daniel Villalobos Torres promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., 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 e ineficacia del traslado realizado del Instituto de Seguros Sociales a la AFP Colfondos, así como los efectuados horizontalmente; que se condene a las AFP demandadas a trasladar los aportes en pensiones realizados, tales como cotizaciones, gastos de representación, bonos, aportes adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses, con todos los rendimientos que se hubieren causado; ordenar a Colpensiones a validar los aportes en pensiones trasladados por las AFP, e incorporarlos a la historia laboral debidamente detallados; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 1 de noviembre de 1961, contando con 59 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que inició a efectuar cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales el 22 de junio de 1981; que en febrero de 1998 sin tener conocimiento de las implicaciones, realizó afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, sin que le fueren explicadas las consecuencias del traslado de régimen.

Asimismo, aduce que estuvo vinculado con posterioridad a Porvenir S.A., Skandia S.A. y nuevamente Porvenir S.A.

CONTESTACION 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 el relacionado con la información brindada por la AFP al momento de trasladarse de régimen. Propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, innominada o genérica.

Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, la petición que fue elevada ante la entidad, su contestación, y el tiempo de semanas cotizadas. 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 la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, la petición que fue elevada ante la entidad, y su contestación. 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. Asimismo, llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad 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, que al 1 de abril de 1994 no contaba con más de 750 semanas cotizadas, la petición elevada a la entidad 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, 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.

Por su parte, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos en su totalidad manifestó no constarle. Propuso las excepciones que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otras AFP, fueron debidamente informados y 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, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional, reconocimiento oficioso de excepciones, y prescripción de la acción de la nulidad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de julio de 2022 el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la parte actora a favor de los demandados, y a Skandia S.A. a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, la parte actora y la demandada Skandia S.A. presentaron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

Demandante: manifiesta que debe tenerse en cuenta las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, considerando que en el presente caso no se cumplió con la demostración del deber de información, aunado a que las afiliaciones horizontales no convalidan la inicial.

Skandia S.A.: presenta recurso únicamente frente al numeral 3 de la sentencia de primera instancia, mediante el cual se condena a la entidad en costas, al considerar que en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se suscribió con la empresa Mapfre Colombia Vida Seguros S.A un contrato de seguros para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de sus afiliados, encontrándose el caso del demandante, considerando que la presentación del llamamiento en garantía guarda sustento, y que si bien no se declaró la ineficacia del traslado, en caso de que las pretensiones hubiesen sido concedidas, era necesaria su comparecencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Porvenir S.A., Skandia, Mapfre y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto tanto en la demanda como 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 nulidad y/o ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en la el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del C.P.L. y S.S).

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

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 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 especifico 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 el formulario de afiliación diligenciado por el demandante a Colfondos S.A. (ítem 19 expediente digital), sin que se evidencie la fecha de diligenciamiento; historial de vinculaciones expedido por Asofondos, en el que consta la vinculación del demandante a Colfondos S.A. el 27 de febrero de 1998, y posteriormente el 14 de enero de 2003; formularios de los traslados efectuados a Porvenir S.A., y del realizado a Skandia S.A. para el 4 de noviembre de 2010.

Asimismo, se recepcionó el interrogatorio de parte que absolvió el demandante Luis Daniel Villalobos, quien indicó que en la empresa en la que trabajaba le hicieron una reunión con una representante de Colfondos S.A.; que por parte del asesor se le manifestó que el ISS se acabaría, que podría acceder al dinero que tenía para la prestación, y que sus hijos podrían ser beneficiarios de la misma; frente a la vinculación a Porvenir S.A., indicó que fue una asesora a su lugar de trabajo, donde se le dio básicamente la misma información, y que esta AFP estaría ofreciendo una cuota superior para pensionarse; que a Skandia S.A. se trasladó porque su ex pareja programó una asesoría, y en esta se les indicó que la AFP podría ofrecer unos créditos de vivienda, razón por la que efectuaron el traslado; que su afiliación a Porvenir S.A. y Skandia S.A. fue libre y voluntaria, promovido por la información que le dio el asesor; que no se acercó a la AFP Skandia a solicitar alguna proyección pensional; que en el año 2018 cuando se acercó a Porvenir S.A. le informaron que eran los rendimientos; que no regresó a Colpensiones porque siempre tuvo la misma información.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al 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, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Luis Daniel Villalobos asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaria 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 también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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 las demandadas AFP 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 27 de febrero 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS a través de los distintos traslados entre fondos no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Sobre la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, sanee la nulidad de la afiliación inicial, han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar 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 incursa en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se

halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados.

DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

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, y es que no puede desconocerse que la ineficacia del traslado será declarada en el presente proceso, correspondiendo 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. (…)"*

Es por lo anterior, que no hay lugar a acceder a lo pretendido frente al llamamiento en garantía presentado, una vez presentada la contestación de la demanda por parte de Skandia S.A.

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

los efectos de la nulidad y/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.

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 el apoderado de Skandia S.A. no encuentran soporte legal y fáctico, y es que, concuerda esta corporación con lo expuesto por la a quo, en cuanto la recurrente llamó a juicio a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. para solicitar el pago y/o devolución que no estaban debidamente sustentadas, considerando a la llamada como un tercero de buena fe, sin que hubiese lugar a condena alguna.

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.

En atención a lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia en cuanto se abstuvo de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguro Social al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por Colfondos S.A. para en su lugar declararla, así como los demás traslados efectuados de manera horizontal.

Además, deberá condenarse a la AFP Porvenir S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración y comisiones, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones quien administra el régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien a su vez deberá recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia surtida en esta instancia judicial y validar la afiliación del señor Villalobos, al RPMPD.

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 22 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por Luis Daniel Villalobos Torres en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación que efectuó el demandante Luis Daniel Villalobos a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el 27 de febrero de 1998, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del Instituto de Seguros Sociales. Asimismo, de los efectuados de manera horizontal entre las AFP llamadas a juicio.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, incluidos los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

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

QUINTO: **ABSOLVER** a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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

SÉPTIMO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones, Skandia S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de $1.000.000, en favor del demandante. Las de primera instancia se revocan, y quedan a cargo de las demandadas. Las costas a favor a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUÍS 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: 11001310503720210035O-02

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **BLANCA LUCÍA LÓPEZ VALENCIA** 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. Valentina Gómez Trujillo, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.012.459.669 y tarjeta profesional 366.614 del C.S.J., como apoderada especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Blanca Lucía López Valencia 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 realizada en enero de 1995 a Porvenir S.A.; que se condene a dicha AFP a trasladar los aportes cotizados durante las 1.152,5 semanas de cotización a Colpensiones, junto con los intereses, rendimientos, saldos de cuenta individual y sumas adicionales de aseguradoras sin posibilidad de efectuar descuento alguno por gastos de administración o comisiones; que se condene a Porvenir S.A. al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 25 de agosto de 1964, contando con 57 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que se afilió a Porvenir S.A. con el simple diligenciamiento de un formulario en enero de 1995, sin que hubiere recibido asesoría necesaria para conocer las implicaciones económicas a futuro; igualmente, que no se realizó una proyección pensional, incumpliendo el deber de información.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, 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 las semanas cotizadas. Propuso las excepciones previas de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y falta de competencia; como de fondo las 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, 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 fecha de nacimiento de la demandante. Propuso las excepciones perentorias que denominó aplicación del precedente establecido en la Sentencia SL 373 de 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de mayo 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 efectuado por la señora Blanca Lucía López Valencia del RPMPD al RAIS administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Invertir Organismo Cooperativo, que tuvo como fecha de suscripción el 4 de abril de 1994, declarando válida su afiliación al RPMPD administrado por

Colpensiones; condenar a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros; declarar no probadas las excepciones propuestas, sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de Colpensiones presentó recurso de apelación, aduciendo que las demandadas no desconocen el deber de información que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, sin embargo, que este se intensificó con la expedición de la Ley 1328 de 2009, en donde el deber de información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo, por lo que no es posible requerir las mismas formalidades en la asesoría previa, imponiendo obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Refiere que del interrogatorio de parte pudo demostrarse que la suscripción del formulario de afiliación al RAIS se realizó bajo el principio de buena fe, aunado a que las características y condiciones de cada uno de los regímenes pensionales se encuentran contenidos en la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los afiliados al sistema general de pensiones.

Por otro lado, aduce que la inconformidad de la demandante de permanecer en RAIS gira frente al monto de su mesada pensional, situación que se encuentra claramente definida en la ley, por cuanto dicha circunstancia no obedece a la arbitrariedad de las administradoras de pensiones, lo que no puede dar origen a una ineficacia de régimen pensional, pudiendo la actora retornar al RPMPD, ratificando su decisión de permanecer en el RAIS, debiendo además tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, lo cual afectaría a los demás afiliados con un eventual reconocimiento de la pensión de vejez.

De manera subsidiaria, solicita que se confirme la absolución de costas, la devolución de los rendimientos financieros, y se acceda a retornar los gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. allegaron alegatos de conclusión, ambas solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia, al considerar que no se dan los presupuestos para la declaratoria de la nulidad o 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 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 perdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será

> *menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia,* ***si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.****"* (Negrilla fuera de texto).

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. 11001310502820130062 6-01, 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 especifico 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 de la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Invertir Organismo Cooperativo hoy Porvenir S.A., diligenciado el 4 de abril de 1995; asimismo, se observa formulario de afiliación suscrito con Porvenir S.A. el día 4 de julio de 2006.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora Blanca Lucía López, quien manifestó, en síntesis, que en 1995 estaba laborando en Manzanares, Caldas, a donde llegó el gerente de la oficina con unos formularios, con los cuales haría las afiliaciones a Horizonte, sin darle ningún tipo de información, por lo que firmaron e hicieron el traslado; que no recibió asesoría por parte del ISS; que quiere trasladarse a Colpensiones por su calidad de vida; que conoce que los dineros que se encuentran en su cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, serían heredados por su esposo; que el gerente cuando les entregó los formularios no estaba acompañado con un asesor del fondo, y que este les indicó que “si querían trabajar, debían hacer caso”.

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 Blanca Lucía López Valencia asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaria 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, 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 Invertir hoy Porvenir S.A el 4 de abril 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.

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 incursa 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.

Así las cosas, y continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, se revocará y se accederá a lo apelado, 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 inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.
Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al

fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».
(…)
Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas."

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 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Blanca Lucía López Valencia, en cuanto no se accedió a la devolución de gastos de administración por parte de Porvenir S.A. con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para en su lugar, **ORDENAR** a Porvenir S.A. a trasladar además de los emolumentos indicados en la sentencia de primera instancia, los gastos de administración de manera indexada, como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia surtida en dicha instancia judicial.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. 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 Colpensiones. Fíjese como agencias en derecho, la suma de $1.000.000.oo 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