



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007202000313-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero 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. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 27 de enero de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **NANCY CONSTANZA ROJAS RAMIREZ ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

NANCY CONSTANZA ROJAS RAMIREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para que se declare la nulidad de la afiliación que realizó del RPMPD al RAIS, efectuada por la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con fecha de efectividad octubre de 2005; ante la omisión de este fondo del deber de informarla, con prudencia y pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas; solicitó que como consecuencia de lo anterior, se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a restituir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se

hubieren causado; que se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por ella en el RAIS; que se condene a las demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita y al pago de las costas y gastos del proceso; requirió que subsidiariamente en el caso de no prosperar la pretensión principal, se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos, de su afiliación realizado del RPMPD al RAIS, en cabeza de PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con fecha de efectividad octubre de 2005; al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, al momento de la vinculación a ese fondo privado demandado.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 19 de mayo de 1961., que estuvo afiliada al RPMPD, desde octubre de 1993, que posteriormente se afilío a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., perteneciente al RAIS, en octubre de 2005, indicó que al momento de la afiliación al fondo privado no fue asesorada por ese fondo, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, que no le informaron de las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, argumentos validos que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones; que no la advirtieron respecto al régimen que más le convenía, teniendo en cuenta, su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando, manifestó que no fue informada al momento de la afiliación al RAIS, cuanto seria el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad, o a la edad de pensión, o para mantener su mínimo vital; que no le informó que no todo el aporte mensual que hiciera, iría a su cuenta individual, y que parte de este se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen; y como influiría esto en su pensión; expresó que tampoco se le informó sobre la posibilidad que tenía de negociar el bono pensional entregado por el RPMPD, como consecuencia del traslado, para anticipar su pensión, sobre el derecho de retracto, que el monto de su pensión en ese régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios; declaró que tampoco se le realizaron proyecciones futuras de su pensión, con las hipótesis que podrían surgir en cada uno de los regímenes pensionales, ni le advirtió sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el RAIS; expuso que el fondo privado PORVENIR S.A. al momento de la afiliación, tenía a su cargo una responsabilidad de carácter profesional, que le imponía el deber de asesorarla eficazmente, de manera rigurosa, transparente, adecuada y completa, con diligencia, prudencia, con respecto a la decisión de traslado de régimen; finalmente advirtió que solicitud con radicado No.2020_5685364 del 11 de junio de 2020, a COLPENSIONES el traslado del RAIS al RPMPD, entidad que dio respuesta el 12 de junio de 2020, rechazando la solicitud de su traslado a esa administradora, que

actualmente se encuentra vinculada y cotizando para pensiones en el fondo de pensiones privado demandado ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (Archivo 11, fls. 20 a 36).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 10 fls. 22 a 25).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de enero de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: - la señora NANCY CONSTANZA ROJAS RAMIREZ con la AFP PORVENIR S.A el 01 de noviembre de 2005 en formulario N° 02410333; en consecuencia de lo anterior ordenó a PORVENIR S.A, a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES; que igualmente, PORVENIR S.A, debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria; ordenó a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPMPD de la demandante desde su afiliación inicial al ISS; declaró como no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A., finalmente condenó en costas al fondo demandado POEVENIR S.,A . y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se

tasen en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo PORVENIR S.A. y no condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que estamos en la presencia de algún vicio del consentimiento, consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, esto es el error, la fuerza o el dolor; advirtió que se está frente a un error, sobre un punto de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica, del acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, que no es aquí el error que afecta la validez y la condena a la anulación a una recesión judicial, frente a la indebida interpretación que se ha dado del artículo 1604 del Código Civil, explicó que dentro de los fallos relacionados con el régimen de traslado la Corte, hace que la responsabilidad solamente esté en cabeza de los fondos y la convierte objetiva, toda vez que no le exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, fuerza o el dolo al momento de afiliarse al RAIS, pero que sí obliga que la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado sin que exista un menor esfuerzo esencial en cabeza del demandante, expresó que dicha apreciación quiebra las lógicas de las cargas probatorias en este tipo de procesos, que la responsabilidad objetiva exige que la esfera del control sea exclusivamente del que cause el daño, también resaltó las obligaciones recíprocas que tienen los demandantes, obligaciones como el Decreto 2241 de 2010 en su artículo cuatro, que refiere, que se deben informar los demandantes de las condiciones del sistema general de pensiones, que debe aprovechar los mecanismos de divulgación, información para conocer las capacitaciones y conocer el funcionamiento del sistema pensional, que en el transcurso del tiempo el silencio por parte de la actora se puede conocer que su decisión es consciente y permanente de conocer el régimen seleccionado, trajo a colación, sentencias como la de 2018445, de 2020, donde el magistrado David Correa, hace un análisis frente a la provisión legal, indicando que no es posible que los demandantes pretendan una nulidad o una ineficacia jurídica cuando se evoca la pensión no estaría acorde sus aspiraciones económicas y por ende, los afiliados deben someterse a las condiciones del sistema que otro, tal como lo admitió en la firma del formulario de vinculación, manifestó que frente a los principios, nuestro ordenamiento jurídico tienen una fuerza legal, que es por eso que trae al principio de la descapitalización del sistema pensional, principio que está resaltado en

sentencias como las 10:24 H del 2004, la su 062 de 2010, la su 130 del 2013, donde la Corte en materia de traslado manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados era obligatoria de otros afiliados, dado que el RPMPD se descapitalizan y la declaración injustificada de un demandante del RAIS al RPMPD, afecta directamente la sociedad financiera del sistema pensional y pone en peligro los derechos fundamentales a la Seguridad Social de los demás afiliados, explicó que en sentencias como la TL 489 del 2010, donde dice que no se puede permitir la descapitalización de urgencias de una pensión de vejez, que esto quebrantará el ahorro comunitario y accediendo a una pensión que cuyo pago se financia con el sistema pensional.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación y la condena, gastos provisional a gastos de administración de la señora Demandante al RAIS, manifestó que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó al régimen pensional, que la decisión tomada por la actora se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se llevan vigentes para la fecha en la que se produjo, es decir, el año 2005, que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen, advirtió que la demandante suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria, manifestando en forma expresa que lo hacía de forma voluntaria, que el acto de traslado de régimen es completamente válido, pues cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad, entonces vigente y no pesa sobre él ningún vicio u omisión que los invalide, advirtió que la sociedad administradora de pensiones, que representó, cumplió a cabalidad con las obligaciones que le corresponden en materia de información, atendiendo a los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, de las cuales debe aclararse que no exigían una información en los términos reclamados en la demanda, puesto que esta información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad, explicó que con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS, se encuentran establecidas en la ley 100. De 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y demás aspectos que considerara necesario, alegó que la demandante en el interrogatorio de parte indicó que era abogada y que como todo consumidor financiero, la actora debe actuar con mediana diligencia, lo cual suponía, por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando con mayor razón, si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento, más aún en interrogatorio de parte surtido,

la demandante indica no haber leído el formulario de afiliación, situación que significa que esto no tuvo una actuar diligente a la hora de trasladarse de régimen pensional, que la demandante indicó ser abogada y trabajar en Cajanal, razón por la cual no es posible concluir que esta tendría la oportunidad de conocer las características tanto del RAIS como del RPMPD, que la misma pudo haber indagado el momento del traslado, advirtió que la inconformidad de la demandante con el RAIS se deriva del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad de la demandante, en tanto que las prestaciones que se reconocen en uno y en otro régimen no son comparables, pues si bien su finalidad en ambos casos es garantizar el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte. señaló que en el RPMPD, los afiliados obtienen prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley contrario al RAIS, en donde las mismas se reconocen dependiendo única y directamente de los valores ahorrados y aportados por los afiliados en sus respectivas cuentas de ahorro individual, indicó que de acuerdo con lo anterior, el actuar del administrador aquí llamado a juicio siempre ha sido buena fe, objetiva, que todas sus acciones se ejecutarán en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario, solicitó que en cuanto a la condena impuesta a PORVENIR S.A., a trasladar los gastos de administración, se aparta de esta condena, que no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, que bajo el entendimiento de que las consecuencias de la aplicación de dicha figura es tener que el negocio jurídico nunca se realizó, que así las cosas claramente, los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante por parte de PORVENIR S.A., tampoco se generaron, que no hay lugar a la devolución de gastos de administración, dado que la rentabilidad de la que se beneficia el demandante surge del cumplimiento de un deber legal que le asiste a la administradora, quien ha cumplido con sus gestiones de manera oportuna y eficiente, que en el evento de devolverse, estaría en el escenario de un enriquecimiento sin causa por parte del accionante, adiciono que dichas sumas, que se descontaron fueron autorizadas por la ley y en caso de que el demandante incurriera en los riesgos de invalidez y muerte, las aseguradoras pagarán el 100% de la prestación a la que tendría derecho, finalmente refuto condena impuesta a pagar costas y agencias sin derecho, teniendo en cuenta que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado adelantado por el demandante, en tanto se cumplió con el deber de información de conformidad con la normatividad vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por la parte de Colpensiones solicita que se revoque la sentencia afirmando que se encontraba dentro de una

prohibición legal para realizar el traslado, seguido a que en el expediente no reposa prueba alguna de presencia de vicios de consentimiento y que en la etapa precontractual el consentimiento fue de manera libre, voluntario, sin presiones e informado, así como la descapitalización del sistema al realizar el traslado de un afiliado del RPM al RAIS.

Por otro lado, Porvenir solicita revocar la sentencia y condenas de primera instancia toda vez que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado del régimen pensional.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 11 de junio de 2020 y su respuesta el 12 de junio de 2020. (fls 25 – 27).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente

información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 19 de mayo de 1961 (fl. 24); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 27 de marzo de 1990 y el 14 de enero de 1992, 35,29 semanas (fl. 60 Archivo 11); iii) que el 1 de noviembre de 2005, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 2006, (fl. 85 Archivo 10) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 812 semanas (fl. 35 y s.s. Archivo 10).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien manifestó que inicio laborando en CAJANAL en el año 1993 hasta el 2005, donde estaba afiliada, y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., en el año 2005, y trabajaba en bienestar familiar; indicó que cuando se encontraba trabajando en CAJANAL estuvieron unos asesores de PORVENIR y les dieron una charla, donde les informaron que era conveniente pasarse al Fondo Privado porque CAJANAL se acababa, como efectivamente se acabó y quedo sin trabajo, que subsiguientemente entro a trabajar en Bienestar Familiar, donde tenían que estar afiliada a una entidad de pensiones, que allí se encontraban los asesores de PORVENIR S.A., que lleno el formulario, que solo necesito la cédula, manifestó que el formulario lo firmó en la carrera 13 con calle 68 en una oficina de PORVENIR S.A., que no leyó el formulario, que entrego la cédula sacaban la fotocopia y ellos la iban llenando los datos

personales y firmo, que ya iban referidos a esa oficina y que no recibió ninguna información, que lo hizo de forma voluntaria; que nunca le informaron que podía retornar a RPMPD antes de cumplir los 47 años, de las posibilidades de aportes voluntarios, que no conoce las diferencias que existían entre un régimen pensional y otro; expresó que la motivación para interponer la presente demanda es porque se dio cuenta que la información que recibió no fue cierta, como que su pensión iba a ser más alta, que las semanas cotizadas en CAJANAL se le iban a perder, que su pensión es prácticamente un salario mínimo, que no son las expectativas que tenía, informó que recibe los extractos de PORVEIR S.A., virtuales; manifestó que es abogada especialista en Derecho De Familia; que se acercó a CLPENSIONES a solicitar asesoría cuando ya no había nada que hacer, cuando escucho a los compañeros que PORVENIRS.A., no les convenía, pero que ella no podía hacer nada porque ya iba a cumplir los 57 años; que nunca se acercó a PORVENIR S.A., a solicitar información con respecto de su situación pensional,

Igualmente se realizó interrogatorio a apoderado de PORVENIR S.A. quien manifestó que no tiene conocimiento de quien fue el asesor o asesora que logro la afiliación encargada del régimen en el caso de la demandante en PORVENIR S.A., que no existe alguna prueba acerca de la información que en esa fecha, de ese traslado de régimen de la demandante se le hubiese informado a ella, para que tomase la decisión de afiliarse al fondo más allá de la afiliación que hay en el formulario de afiliación.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A., obligada a 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 **NANCY CONSTANZA ROJAS RAMIREZ**, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 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 el actor a PORVENIR S.A., el 1 de noviembre de 2005, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de noviembre de 2006, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **NANCY CONSTANZA ROJAS RAMIREZ**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de enero de 2022, por el Juzgado séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **NANCY CONSTANZA ROJAS RAMIREZ ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

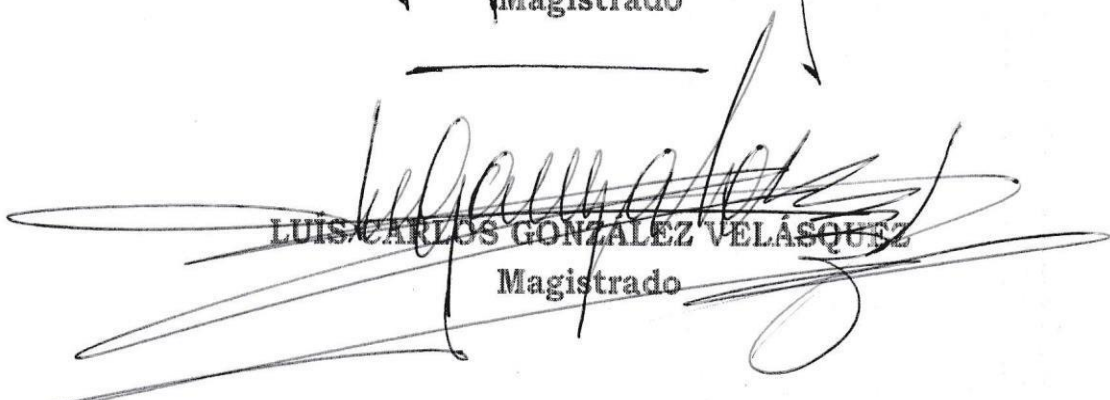
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008202000465-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y un (31) de enero 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. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES., PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MONICA LOSADA CASTRO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

MONICA LOSADA CASTRO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, que se realizó a finales del año 1995, con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy Porvenir S.A, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial de su situación personal y concreta; solicitó que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de dicha afiliación, se declare la ineficacia del traslado efectuado por ella a finales del año 1998, al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Protección S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial de su situación

personal y concreta; que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados en el RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, finalmente requirió que se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas y que se condenen en lo que resulte probado extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 28 de agosto de 1969, y cumplirá los 57 años el día 28 de agosto de 2026., indicó que se trasladó del RPMPD al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy Porvenir S.A., a finales del año 1995, que posteriormente se trasladó de la AFP Horizonte al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a finales del año 1998; advirtió que es la AFP Porvenir quien asumió a la AFP Horizonte y la AFP Protección, quienes tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de haber ofrecido la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de Régimen Pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo; manifestó que la AFP Protección le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida bajo la modalidad de retiro programado con una fidelidad del 100%, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional a los 57 años, esto es para el año 2026, arrojando como resultado que equivaldría a la suma de \$4.264.186; que realizando la simulación pensional de mi poderdante en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, conforme a lo contemplado en la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años cotizados y aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 66,85%, la proyección sería cuando cumpliera el requisito de edad, esto es para el año 2026, una mesada pensional mensual que equivaldría a la suma de \$9.255.068; explicó que comparando las simulaciones pensionales en los dos regímenes, se puede evidenciar como su mesada pensional es ostensiblemente superior en el RPMPD administrado por COLPENSIONES; indicó que sumadas las semanas cotizadas y las proyectadas al Sistema General de Pensiones, esto es desde el día 09 de agosto de 1989 y el 28 de agosto de 2026, arroja un total de 1498 semanas cotizadas 29 años, 01 meses, 19 días, que con respecto del agotamiento de la reclamación administrativa, radicó Derecho de Petición ante COLPENSIONES el día 23 de junio de 2020, solicitando la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS, con colilla de radicación No 2020_6032777, que COLPENSIONES no se ha pronunciado, finalmente aseveró que de esta forma, se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2158 de 1948, adoptado por el Decreto 4133 de 1948 como legislación permanente y modificado por la Ley 712 de 2001.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad; declaratoria de otras excepciones; inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Archivo 5 fl. 4).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y excepción genérica. (Archivo 08 fls. 16 a 19).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** propuso las excepciones de inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir; Buena Fe; prescripción; aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones; Innominada o Genérica; Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (Archivo 10 fls. 11 a 16).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de abril de 2022, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la señora MONICA LOZADA CASTRO realizado del RPMPD al RAIS, acaecido el 10 de junio de 1994, mediante la afiliación a HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia; condenó a COLPENSIONES, a admitir el traslado del régimen pensional de la demandante y a la AFP PROTECCION S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado; así mismo condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver todas las sumas indexadas que haya recibido por concepto de cuotas de administración, durante el tiempo que estuvo vigente la afiliación de la demandante ante dicha entidad; condenó a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva la AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCION S.A., que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. Finalmente condenó en costas de primera instancia a cargo de las demandadas AFP PROTECCION S.A. y la AFP PORVENIR S.A., liquidense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que no comparte el análisis realizado por el juez de primera instancia, que llevo a concluir la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la actora; explico que la señora Juez indicó que, PORVENIR S.A., incumplió con la carga de acreditar al despacho los deberes legales en cuanto al deber de información al momento del traslado, solo aportando el formulario de afiliación que, por sí mismo no da cuenta de haberse cumplido con las obligaciones correspondientes por parte de PORVENIR S.A.; advirtió que para el momento que la actora realizó el traslado, no existía disposición legal, que contuviese una obligación relacionada con documentar la asesoría, que esto no puede llevar a la conclusión, de que no se brindó ningún tipo de información o asesoría a la actora; manifestó que en el interrogatorio de parte no se obtiene la confesión por parte de la actora la cual reitera y ratifica, que, las AFP no le brindaron la información suficiente, lo que, resulta imposible de acreditar por parte del fondo privado, porque el traslado lo realizó la actora hace más de 25 años, señaló que el traslado debe darse como valido, que si la omisión de información por parte de PORVENIR S.A., y PROTECCION S.A., hubiesen generado un perjuicio a la actora, como el monto de la mesada pensional en el RAIS en comparación con la mesada pensional de RPMD, este perjuicio debe ser reparado e indemnizado por quien lo generó en este caso PORVENIR S.A. y no trasladar la carga prestacional de eventualmente reconocer la pensión de vejez de la actora con las implicaciones financieras que implican para el RPMD; indicó que si bien es cierto la sentencia ordeno el retorno al RPMD, los saldos de la cuenta pensional de la actora, con los rendimientos financieros, gastos de administración, estas sumas, no van a financiar en su total la prestación de vejez, que COLPENSIONES eventualmente pueda reconocer a la actora, afectando el principio de sostenibilidad financiera, en la medida que la actora no ha contribuido a la financiación del Régimen, porque no se encuentra afiliada a este desde hace más de 20 años; dijo, finalmente afirmó que COLPENSIONES es un tercero ajeno en la relación contractual que originó el presente litigio.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, interpuso recurso de apelación de manera parcial, respecto a la condena de trasladar con destino a COLPENSIONES los dineros correspondientes a las cuotas de administración, indicó que se debe tener en cuenta, que estos son descuentos legales que se hacen en ambos Regímenes y tienen destinación específica, que se depositan en cuentas diferentes a las que tienen como vocación el financiamiento de la mesada pensional; explico que el objetivo de la ineficacia es entender que la actora siempre estuvo en el RPMPD, que la orden lógica sería el traslado de los dineros correspondientes a los aportes más los rendimientos que estos

hubieren generado bajo la administración del RPMPD; indicó que la rentabilidad del RAIS supera al RPMPD, que con la presente condena COLPENSIONES está incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa, recibiendo los rendimientos, frutos de la gestión administrativa que llevo a cabo PROTECCION S.A., que adicionalmente se está ordenando que reciba los dineros correspondientes a la cuota de administración, que es la contraprestación que por ley tiene derecho PROTECCION S.A., por el incremento del valor en la cuenta individual de la actora; solicitó se aplique la prescripción de los dineros de administración, que no tienen como vocación financiar la mesada pensional de la actora y ha transcurrido el tiempo suficiente para que se configure la misma.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpone recurso de apelación basado en los siguientes argumentos: manifestó que, PORVENIR S.A., no comparte la decisión de declarar la ineficacia del traslado, ni comparte los efectos jurídicos que se le dio, por lo establecido en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que el formulario es el requisito para la validez del contrato de afiliación, que con la suscripción del mismo se da a entender la aceptación de todas las condiciones del Régimen y se presume autentico en los términos del artículo 243 del Código General del Proceso y acredita el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo de PORVENIR S.A., como lo es el deber de información, que para el momento de la afiliación era de manera verbal; indicó que el artículo 241 de la Ley 100 de 1993, señaló que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos que afectan contra el derecho de afiliación, advirtió que por el contrario se encuentra probado que PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información conforme a la normativa vigente al momento de la vinculación de la actora; solicito absolver a PORVENIR S.A., de devolver los dineros por concepto de comisiones, gastos de administración, porque constituyen conceptos autorizados a descontar a las AFP, como consecuencia de la buena administración que, se ejerció a la cuenta de ahorros individual de la actora e incremento los rendimientos financieros por encima del mínimo establecido por la Superintendencia Financiera; manifestó que, el traslado de este dinero a COLPENSIONES generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta demandada, teniendo en cuenta que, no hay norma que lo disponga; señaló que el artículo 113 literal B de la Ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que, se deben trasladar, cuando existe un cambio de Régimen, como son los saldos de la cuenta individual de la actora y los rendimientos generados, manifestó que es evidente que no están destinados a financiar la prestación de la actora, sino al fondo privado; explicó que se estaría desconociendo el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993, expreso que si la actora hubiera permanecido afiliada al RPMPD, también hubieran generado estos descuentos de la cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez, supervivencia y no forman parte de la pensión de vejez, adujo que están sujetos a la prescripción teniendo en cuenta que se

generaron entre 1994 y 1998; finalmente solicito que se revoque la decisión y absuelva a PORVENIR S.A., de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por la parte actora, peticiona que se confirme la sentencia proferida en primera instancia en cuanto no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante.

Colpensiones solicito que se absolviera de toda condena con fundamento de que no se logro probar un vicios de consentimiento, ante el hecho de que se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, ya que la actora cuenta con mas de 50 años de edad.

Entre tanto, Porvenir S.A, solicito que se revoque el fallo en su totalidad ya que no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, además de ello que no solicito el traslado dentro de los diez años anteriores a que se causase el derecho pensional.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si HORIZONTE HOY PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 23 de junio de 2020 sin tener respuesta de la misma. (fls 12 – 104 archivo 02).

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

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

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

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

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

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

beneficiarios.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 28 de agosto de 1969 (fl. 10 Archivo 02); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 9 de agosto de 1989 y el 30 de junio de 1994, 184,86 semanas (fl. 15 y ss Archivo 02); iii) que el 16 de junio de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de julio de 1994, posteriormente el 22 de octubre de 1998, se traslado a PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad del 1 de diciembre de 1998, (fl. 28 Archivo 10) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1554.58 semanas (fl. 30 y ss Archivo 10).

Por otra parte se absolvió interrogatorio de parte al apoderado de PORVENIR S.A.; manifestó que, no existe documento alguno distinto al formulario de afiliación, para el año 1994, que no existía una obligación adicional, conforme al artículo 11 del Decreto 692 de 1994, la cual establecía que el formulario de afiliación era el único documento que probaba el deber de información en ese momento; indico que el asesor comercial que le dio la información a la actora fue el señor EDUARDO RODRIGUEZ, que ya no labora con PORVENIR S.A., que tampoco fue requerido para que declarará; finalmente informo que no tiene conocimiento si la actora realizó aportes voluntarios.

También absolvió interrogatorio de parte de la actora; indicó que su profesión es Comunicadora Social y Periodista; manifestó que en el año 1994, se encontraba laborando en GRANAHORRAR, que un asesor de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., les dio una charla para que se trasladarán, que asistieron a la reunión aproximadamente 10 personas - Gerentes de Sucursal, que la charla duro aproximadamente de 10 a 15 minutos; explicó que el asesor no le informo que pasaría con el dinero que tenía en el ISS, tampoco le dijo que esos aportes pasarían a una cuenta individual, que el asesor nunca le indico de donde saldría el dinero de la mesada pensional, no le hablo del bono pensional, ni que la pensión de vejez dependía del ahorro que tenía en la cuenta, que solo le paso un formulario que contenía datos personales, el asesor lo diligencio con datos personales que le dio, como los nombres de los beneficiarios pero no comprendió para que eran necesarios, informo que lo firmo sin presiones, libre y voluntaria; expresó que el asesor nunca le dijo que podía retirar los aportes en caso de no alcanzar a pensionarse, afirmó que nunca recibió extractos, que no conoce los requisitos para pensionarse con COLPENSIONES, señaló que en el año 2020, consulto con un abogado, el cual le enseñó las características de pensionarse con el RAIS y con RPMPD; afirmó que sabe que el ISS es hoy COLPENSIONES, que nunca se acercó a solicitar información por que mantenía mucho trabajo, que nunca le interesó por el tema pensional; indico que el traslado a PROTECCION S.A., lo realizó cuando se vinculó con otra entidad financiera, que el asesor le solicito un espacio para contarle acerca del fondo, donde solo le pregunto, si recibía visitas de PORVENIR S.A., y que al ver que podía estar mejor atendida, accedió hacer el cambio, manifestó que en el año 2018, se acercó a PROTECCION S.A., solicito una simulación de la mesada pensional, pero nunca interpuso queja por falta de información al momento de la afiliación; finalmente alegó que los fondos privados nunca le informaron de la prohibición de trasladarse a COLPENSIONES después de cumplir los 47 años de edad, que nunca recibió asesoría completa y profunda por parte de los fondos privados por eso se vio motivada a retornar a COLPENSIONES.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A., obligada a 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 **MONICA LOSADA CASTRO**, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el 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 el actor a PORVENIR S.A., el 16 de junio de 1994, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de julio de 1994, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no supe el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **MONICA LOSADA CASTRO**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCIÓN S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

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 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MONICA LOSADA CASTRO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

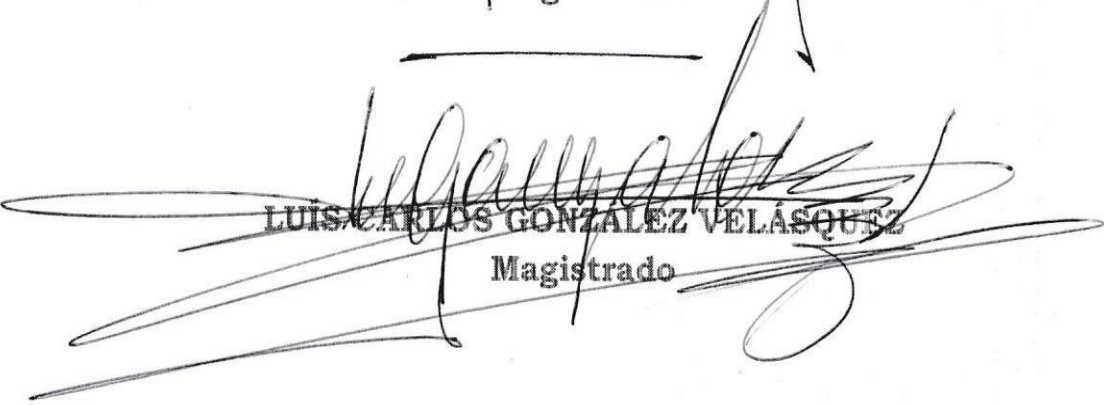
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105019202000837-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero 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. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 25 de febrero de 2022, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ORLANDO IZQUIERDO OLAVE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora Lilian Patricia García González, quien se identifica con Cedula de ciudadanía No. 52.199.648 De Bogotá, portadora de la Tarjeta Profesional No. 187952 del C. S. de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

ORLANDO IZQUIERDO OLAVE, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, ante la omisión de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., del deber profesional de información, solicitó que en consecuencia de lo anterior se ordene su traslado y afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES, establecido en la Ley 100 de 1993, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de

favorabilidad, que se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., la devolución a COLPENSIONES, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil (Sentencia SU-062 de 2010), gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho(s) Fondo(s) con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil; que se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del FONDO DE PENSIONES al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta Litis, a seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sean trasladados por el Fondo demandado, todos los recursos a COLPENSIONES, para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por éste, con el propósito de que el no quede desprotegido de su derecho pensional; finalmente requirió que se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso que incluyan agencias en derecho según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P., que se condene a las demandadas por los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura y al pago de las costas por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades de ser propuestas por la demandada según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P y por los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura y que se declare y se condene a todo lo ultra y extra petita que resulte probado a su favor.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 24 de febrero de 1959., indicó que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 02 de Mayo de 1979, señaló que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los Fondos Privados de Pensiones, se trasladó del régimen pensional en el que se encontraba, como se desprende de la historia laboral y las certificaciones aportadas, al RAIS, afiliándose a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., el 12 de Mayo de 1995, que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a través de su o promotor al momento de su afiliación y traslado, solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo para la afiliación sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPMPD, al cual se encontraba afiliado y cotizando para pensión, que tampoco le explico las implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones, que no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto en el RPMPD como en el RAIS, que nunca le informó cual tabla de mortalidad de rentistas se estaba utilizando por parte de la Administradora para realizar la proyección de la pensión y que de variar la misma, el valor de la mesada pensional iba a cambiar, que no le entregó información indicándole hasta qué edad debía cotizar en el Fondo Privado de Pensiones y con qué salarios, para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES, ni cuanto capital ahorrado

se exige para tener una pensión de salario mínimo en el Fondo Privado de Pensiones o donde le indicara, que si quería pensionarse en el Fondo Privado de Pensiones antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional que entregaba la entidad pública en la que estaba afiliado, y que esa situación traía como resultado la disminución del valor de su pensión, exteriorizó que PROTECCION S.A., No le entregó información indicándole que de tener cónyuge o compañero(a), o un hijo discapacitado, o menor de edad, estando en el Fondo Privado de Pensiones, el monto de su pensión sería menor que en el régimen donde se encontraba, toda vez que se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios, que tenía derecho al retractarse de la afiliación al Fondo Privado de Pensiones; advirtió que los Fondos Privados de Pensiones y del cual hace parte el demandado, con el objeto de que las personas se afiliaran al RAIS, publicitaron información que faltaba a la verdad y ocultaron la misma, (ver anexos-publicaciones), que de trasladarse al RAIS, la gente se podía pensionar a más temprana edad de lo que lo haría en el ISS o en los diferentes Fondos o Cajas, en las que se estaba afiliado, sin informar que para ello debían negociar anticipadamente el bono pensional por debajo de su valor real con la consecuencia obvia de disminución del valor de la pensión, que la mesada pensional sería más alta en el Fondo privado que en el ISS o que en los diferentes Fondos o Cajas, sin hacer las proyecciones reales, que el capital ahorrado iba a tener un rendimiento financiero que le permitiría tener un valor de la pensión en el Fondo Privado superior, sin informar que los rendimientos financieros que mostraron los Fondos de pensiones para que las personas se afiliaran, eran unos rendimientos financieros inflados, sin seguir los parámetros indicados por la Superintendencia Financiera y que por ello fueron objeto de sanciones por publicidad engañosa, que el RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES iba a desaparecer, estando en riesgo los aportes para pensión de las personas en dicho régimen, situación no cierta; señaló la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., al momento de su afiliación y traslado de régimen el 12 de mayo de 1995., no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen, tornándose dicho traslado en ineficaz; indicó que solicitó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., que le diera copia de los documentos que le entregó para haber tomado la decisión del traslado de régimen, entidad que en respuesta a la petición anterior, no le entregó los documentos o pruebas solicitadas, que recibió de PROTECCION S.A. reasesoria y simulación pensional el día 02 de diciembre de 2010 cuando contaba con 51 años de edad, donde le indica que económicamente le conviene quedarse en el Fondo Privado; finalmente solicitó a COLPENSIONES, la anulación del traslado y otras peticiones, entidad que dio respuesta negando la anulación del traslado y demás peticiones, que solicitó a PROTECCION S.A., que ANULARA su afiliación al RAIS y procediera a su devolución y traslado al RPMPD, administrado por COLPENSIONES de no estar en transición, o al régimen pensional en el que se encontraba al momento del traslado al Fondo Privado, de estar en transición, junto con todos los valores que hubiere recibido el Fondo Privado con motivo de su afiliación con todos sus rendimientos, sin que fuera posible al Fondo descontar ningún valor como gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir el Fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado, entidad que en respuesta negó la

anulación de la afiliación y demás peticiones, advirtió que en el evento de haber seguido cotizando en el RPMPD y no haberse trasladado al RAIS, el monto de su pensión a la fecha de cumplimiento de requisitos sería aproximadamente de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$5,440,877,00), mientras que en el Fondo de Pensiones PROTECCION, el valor de la pensión sería TRES MILLONES CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$3,058,857,00), de acuerdo con el estudio comparativo de cálculo actuarial realizado entre el RAIS y el RPMPD o el régimen en el que se encontraba al momento del traslado, generándose una diferencia en el monto mensual de la pensión que dejaría de percibir equivalente a DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL VEINTE PESOS M/CTE (\$2,382,020,00). Esta proyección se realizó con base en la información contenida en la historia de aportes al RAIS y de las semanas aportadas o historia laboral del ISS hoy COLPENSIONES; que COLPENSIONES no ha realizado su afiliación y traslado al régimen pensional como se ha solicitado, que el fondo Privado no ha realizado la anulación de la afiliación al RAIS, ni lo ha traslado a COLPENSIONES, como se ha solicitado, finalmente informó que actualmente se encuentra cotizando para pensiones en la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del sistema; inexistencia del derecho para regresar al RPMPD; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia del pago de constas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social de Origen Publico e innominada o genérica. (fls. 311 a 323).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** propuso las excepciones de inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto; Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de febrero de 2022, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del señor **ORLANDO IZQUIERDO OLAVE**, del RPMPD administrado por la COLPENSIONES al RAIS administrado por AFP PROTECCION SA, PENSIONES Y CESANTIAS, realizado el día 12 de mayo de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión; declaró válidamente vinculado al señor ORLANDO IZQUIERDO OLAVE, al RPMPD, administrado hoy por COLPENSIONES, desde el 02 de mayo de 1979, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia; condenó a la demandada AFP PROTECCION SA, PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas; finalmente absolvió a las demandadas de las demás pretensiones principales incoadas en su contra y no condeno en costas en esta instancia.

.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PROTECCION S.A., de todas las condenas, argumentó que la decisión de declarar la ineficacia del traslado del actor, se fundamentaron, en la falta del deber de información que existió por parte de la AFP PROTECCION S.A., al momento de la afiliación, pasando por alto que para mayo de 1995, la normatividad vigente era la ley 100 de 1993, donde la aceptación libre, espontanea, expresa e informada de un afiliado para trasladarse de Régimen, se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este caso se ve a plenitud; indicó que en cuanto a la carga de la prueba que recae en cabeza de la AFP, en el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con ese consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento del afiliado respecto al traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre 1994 y 2016, no exigían nada diferente a ese documento, por lo que, imponer cargas adicionales diferentes a la época constituye una situación de carácter imposible; que de igual forma hay una interpretación errónea del artículo 1604 del Código Civil, 1604 del Código General del Proceso, la Corte Suprema dentro de esa

Jurisprudencia, objeto de análisis, invierte de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando que, la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierte en objetiva, toda vez que, no exige al actor a aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, que toda la carga probatoria recaiga sobre PROTECCION S.A., sin que exista el menor esfuerzo procesal sobre el actor; explicó que también debe resaltarse que para la fecha del traslado año 1995, la información brindada era verbal, lo que indica que PROTECCION S.A., cumplió con la carga de la prueba al aportar el único documento exigido para la época como lo es el formulario de afiliación, que tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta el principio de legalidad y debido proceso, adujo que no consiste solamente en una posibilidad de defensa o en una oportunidad para interponer un recurso, sino que, exige además como lo expresa el artículo 29 de la constitución, el ajuste a las normas preexistentes a cada acto que se juzga, alegó que el acto que se está juzgando en este proceso debe haberse juzgado con la normatividad vigente para tal data; señaló así mismo el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna, violando gravemente el debido proceso de COLPENSIONES, que sin haber participado en el trámite de traslado de Régimen del actor, es quien debe afrontar una posible carga de una prestación a favor del actor, que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia, el principio de la relatividad jurídica entorno a COLPENSIONES que es un tercero; expuso que los actos jurídicos en principio solo tienen efectos derivados y las consecuencias de la celebración de los mismos, que solo deben repercutir sobre las partes involucradas; advirtió que COLPENSIONES no puede ser favorecida pero mucho menos puede ser perjudicada por el contrato celebrado entre el actor y PROTECCION S.A., por otra parte preciso que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de este Régimen, están consignadas en los artículos 59 siguiente de la ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional, impone en su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de la promulgación, que por lo tanto no es dable alegar la ignorancia de la ley como excusa a voces de lo que provee el artículo 9 del código Civil, para atribuir a la AFP una responsabilidad única de haber omitido una información respecta, que esa información la hace la misma ley.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, interpone recurso de apelación de manera parcial, contra la decisión proferida en primera instancia, en lo que tiene que ver con las condenas, al pago de gastos de administración y seguro previsional; solicitó no condenar a PROTECCION S.A., respecto al seguro previsional a la devolución del mismo, toda vez que mensualmente se descontó este dinero de la cuenta individual del actor, que se le pago a la aseguradora en caso de que hubiera existido siniestro de invalidez o sobrevivencia, advirtió que PROTECCION S.A., se encuentra imposibilitada para recobrárselo y enviarlo a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que la

aseguradora es un tercero de buena fe; indicó que respecto a las comisiones de administración, la deducción del dinero de la cuenta individual del actor, se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, aplicable, vigente y son comisiones ya causadas durante la administración de la cuenta; expresó que en caso que se declare la ineficacia del traslado o nulidad, la consecuencia jurídica sería que, las cosas volvieran a su mismo estado y que en el hipotético caso que PROTECCION S.A., no realizó la labor de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a COLPENSIONES, no debería proceder entonces el traslado de los aportes del demandante junto con los rendimientos financieros, teniendo en cuenta que estos se generaron producto de una buena gestión y administración; expuso que solo habría lugar a devolver los aportes sin los rendimientos generados y sin ningún otro emolumento que se haya podido causar; manifestó que es importante tener en cuenta, que son descuentos realizados conforme a la Ley, como contraprestación a una buena gestión y lo es permitido frente a cualquier entidad financiera.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por la parte actora peticiona confirmar sentencia de primera instancia, con fundamento en que las administradoras demandadas no cumplieron con su deber de información.

Colpensiones, solicita revocar la decisión emitida por el a quo, como quiera que resulta improcedente la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad puesto que no se cumplen los presupuestos normativos para su reconocimiento, así como no demostró la demandante que haya existido vicios que originaran la ineficacia o nulidad de la afiliación efectuada al RAIS o una falta de información al momento de la afiliación toda vez que el demandante como se evidenció a lo largo del proceso tenía conocimiento respecto de las características de su afiliación al RAIS.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada

vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 5 de septiembre de 2019 y su respuesta el mismo día. (fls 88 – 89).

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

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

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

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las***

diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus***

dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 24 de febrero de 1959 (fl.94); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 2 de mayo de 1979 y el 31 de mayo de 1995, 582,43 semanas (fl. 49); iii) que el 12 de mayo de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., (fl. 59) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por la parte actora, con 1760.57 semanas (fl. 60 y ss).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte al actor; indicó que, tiene 62 años de edad, estado civil casado, de profesión Administrador de Empresas, se graduó en el año 1975, empezó a laborar en el año 1985, en la empresa SIEMENS CCA, que inicio cotizando en el ISS, para el año 1995, enunció que cuando se crearon los fondos privados, se acercaron a las oficinas del fondo de empleados, unos asesores de PORTECCION S.A., les dijeron que era muy beneficioso cambiarse al fondo de pensiones PROTECCION S.A., y les ofrecieron beneficios tales como: Pensionarse más joven, con una mesada mucho más alta que en el ISS, que el dinero de los aportes irían a una cuenta individual, que iban a generar rendimientos de acuerdo a lo ahorrado así sería su mesada pensional, señaló que le pasaron el formulario ya diligenciado, que reviso que estuvieran bien los datos y lo firmo; exteriorizó que no le mencionaron que, los aportes eran heredables, tampoco de las variables en el salario; informó que, en el año 2009, lo liquidaron y un familiar le dijo que guardara ese dinero en un fondo privado, mientras se ubicaba laboralmente; manifestó actualmente se encuentra laborando con la empresa ATOS IT SOLUTIONS AND SERVICES; que en el año 2010, recibió una llamada de PROTECCION S.A., donde le informaron que le iban hacer una re asesoría y le hicieron el cálculo de la mesada pensional, que también le comunicaron que 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse podía retornar a COLPENSIONES, pero como el cálculo que le hicieron lo convenció decidió seguir en el fondo privado; expresó que, para el año 2017 cuando se pensionó la esposa con COLPENSIONES, empezó a indagar por medio de abogado, quienes le explicaron cómo se hacía el cálculo de un Régimen a otro y se dio cuenta que en COLPENSIONES saldría con una mesada pensional aproximadamente de \$6.000.000 y en PROTECCION S.A., sería de \$3.800.000, explicó que por esta situación fue que decidió demandar para retornar a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que, el salario entre los últimos 10 años ha sido entre \$9.000.000 y \$10.000.000; señaló que nunca recibió una asesoría por parte de COLPENSIONES, que se siente engañado por parte de los asesores de PROTECCION S.A., porque el cálculo siempre lo hicieron desde el punto de vista de ellos, pero nunca le dijeron en cifras concretas como quedaría la mesada pensional entre los 2 Regímenes.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PROTECCIÓN S.A., obligada a 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 **ORLANDO IZQUIERDO OLAVE**, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando PROTECCIÓN S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el 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 el actor a PROTECCION S.A., el 12 de mayo de 1995, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **ORLANDO IZQUIERDO OLAVE**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCION S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios

recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2022, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ORLANDO IZQUIERDO OLAVE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

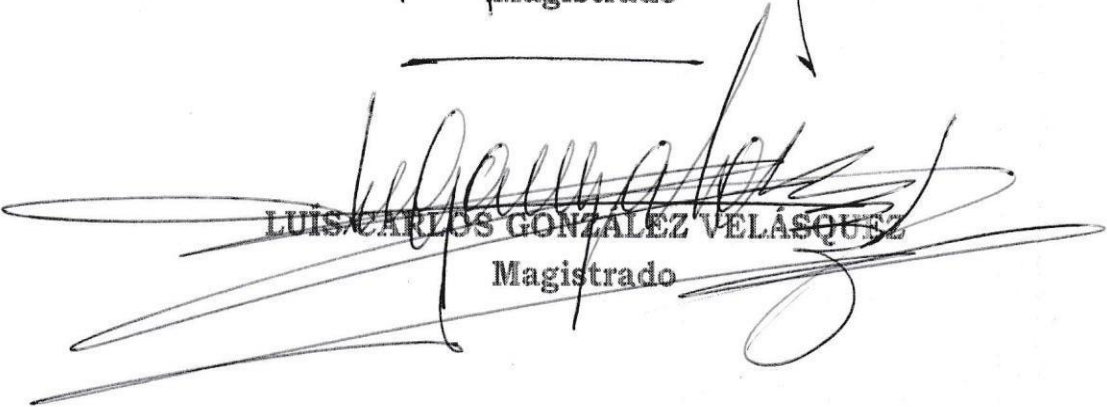
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105020202100205-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y un (31) de enero 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. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demandante señor LEONEL AROCA MONTAÑA y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 15 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LEONEL AROCA MONTAÑA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

ANTECEDENTES

LEONEL AROCA MONTAÑA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., para que se la nulidad del traslado o afiliación realizado por el, en fecha del 01 de junio de 2001 al RAIS a la AFP SKANDIA desde el RPMPD administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, por haber existido un vicio en el consentimiento e incumplimiento del deber de información, que se declare que para todos los efectos legales y sin solución de continuidad él nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció afiliado al RPMPD; que en consecuencia de la anulación del traslado de régimen, se ordene a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar o restituir a COLPENSIONES la totalidad del monto ahorrado en la AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., junto con los rendimientos generados hasta la fecha y sin realizar ningún tipo de retención o descuento por gastos de administración o cualquier otro rubro, que igualmente se ordene a COLPENSIONES a recibir la totalidad del monto ahorrado en la AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., junto con los rendimientos generados hasta la fecha, y sin realizar ningún tipo de

retención o descuento por gastos de administración o cualquier otro rubro, que las sumas de dinero que sean devueltas sean debidamente indexadas a la fecha de pago efectivo, que se condene en costas a los demandados, teniendo en cuenta las expensas y gastos sufragados, así como las agencias en derecho; finalmente requirió que en la medida que el daño es perceptible y apreciable, se ordene a cargo de la AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el pago de la indemnización total de perjuicios de los daños que se le causaron, lo anterior en aplicación del principio general de responsabilidad y del principio de reparación integral del daño y que se condene a las demandadas a todo lo que pueda resultar ultra y extra petita de los hechos discutidos y probados en el presente juicio.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el día 10 de febrero de 1956, que al momento de presentación de esta demanda cuenta con sesenta y cinco [65] años de edad; indicó que inicio su vida laboral en el año 1986, cuyos aportes a pensión los empezó a realizar al ISS hoy COLPENSIONES, manifestó que el 06 de abril de 2001, fue reunido junto con todos sus compañeros de trabajo para recibir una charla informativa por parte del fondo privado de pensiones SKANDIA, en la cual se les invitó a realizar el traslado de régimen pensional, explicó que en dicha reunión SKANDIA prometió beneficios tales como la obtención de una pensión más alta y obtenida con menos edad que en el fondo público, que SKANDIA no le informó de las implicaciones, ventajas, ni desventajas que conlleva estar afiliado en uno o en otro régimen de pensiones, así como tampoco le brindó una asesoría específica respecto de su caso en particular, que no se realizó una comparación de los beneficios de estar en el RPMPD o en el RAIS y que en su lugar SKANDIA, se limitó a impartir una charla meramente comercial cuyo fin fue conseguir más afiliados, sin que mediara en ningún momento una asesoría pensional, lo cual generó una idea inexacta frente al RAIS, y un vicio en el consentimiento, para que se trasladara de régimen pensional induciéndolo al error, indicó que en medio de dicha charla se les entregó a todos los empleados el formulario de vinculación el que todos firmaron, en medio del engaño, falta de información y premura, que el formato de afiliación no corresponde a un registro o constancia del deber de información objetiva, necesaria y transparente por parte de SKANDIA y este solo poseía datos que fueron proporcionados por él, que de acuerdo a preguntas genéricas que le fueron formuladas, de información que gravitó sobre el propio régimen pensional privado, provocando en él un sesgo, por su ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en un sistema pensional privado o público; afirmó que no se hubiera cambiado de régimen pensional si se le hubiera suministrado información clara, real, con los datos suficientes o por lo menos determinantes del funcionamiento, condiciones y expectativa pensional del RAIS, expresó que actualmente no puede realizar el traslado de régimen por vía administrativa, porque ya cumplió la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez, que la vía gubernativa, para el asunto de la presente demanda, fue agotada con las siguientes actuaciones: Mediante solicitud radicada el día veinte (20) de septiembre de 2020, solicitó a SKANDIA S.A. la nulidad del traslado, cuya solicitud fue negada mediante comunicación del día catorce (14) de septiembre de 2020, en la cual la entidad afirmó sin probarlo, que la afiliación al régimen no es nula porque; de un lado el consentimiento quedó expresado en el formulario de afiliación y por otro lado, no pudo haber omisión en el deber de

información, por cuanto todos sus ejecutivos comerciales están en el deber de brindarla en cumplimiento de sus políticas internas; que de igual manera mediante solicitud radicada el día tres (03) de septiembre de 2020, se solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado, cuya solicitud fue negada mediante comunicación del mismo día, en la que se le indicó que la afiliación al RAIS era válida y que el nuevo traslado era inviable.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (Archivo 08 fls. 21 a 38).

SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., propuso las excepciones de actos de relacionamiento, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica. (Archivo 04 fls. 15 a 22).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS, efectuado por el señor LEONEL AROCA MONTAÑA hacia la sociedad SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 06 de abril de 2001; en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión; así mismo declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES; en consecuencia de lo anterior ordenó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado LEONEL AROCA MONTAÑA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su

respectivo emisor; absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de las pretensiones incoadas en su contra en el llamamiento en garantía; condenó en costas a las demandadas, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y COLPENSIONES EICE., a favor del señor LEONEL AROCA MONTAÑA. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte; finalmente condenó en costas a la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a favor a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente UN (01) SMMLV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la parte demandada COLPENSIONES y el demandante señor LEONEL AROCA MONTAÑA., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que las decisiones, que están tomando los Magistrados de declarar la nulidad o la ineficacia de la afiliación, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el acto Legislativo 01 de 2005, que genera una situación caótica que des quebranta la debida planeación de las pensiones en el RPMPD, de las personas que venían aportando a este Régimen, ayudando al sostenimiento del mismo; indicó que la estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el Sistema General de Pensiones percibe, mantiene, a través de medios jurídicos y financieros los fondos económicos adecuados que permiten pagar mes a mes una mayor cantidad de pensiones y obtener un ahorro para precaver a satisfacción las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de solucionar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general; explicó que COLPENSIONES como empresa industrial y Comercial del Estado del orden nacional, debe velar en todo momento por la protección de los dineros del Erario Público, destinado a sustentar el Sistema General en Pensiones, que en ese orden de ideas se da la prevalencia del interés general sobre el tema en particular, solicitó que se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de dichos recursos, que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política; advirtió que no se debería declarar la nulidad o ineficacia del traslado porque sería el Patrimonio Público el que entraría a pagar una pensión que llegará a percibir el actor dentro del RPMPD, que el ahorro se hizo de forma individual y no ayuda a financiar las pensiones de los demás afiliados, tampoco es suficiente para financiar la pensión del actor dada la expectativa de vida, que las pensiones en el RPMPD son vitalicias y en el RAIS las pensiones se

dan hasta agotar los recursos ahorrados; solicitó que en caso de declarar la nulidad o ineficacia del traslado, se considere la realización y el pago de un cálculo actuarial a cargo del Fondo responsable del vicio o de parte del actor para soslayar la capitalización del sistema; señalo que la sentencia SU 062 de 2010, donde expone que una persona puede acceder al traslado por cumpliendo de los requisitos de las 750 semanas, tendría que pagar adicionalmente un cálculo de rentabilidad, aduce en este proceso no se debería desconocer dicha consideración; requiero la revisión en su integridad del proceso y la documentación que reposa en el mismo, teniendo en cuenta que, el actor tuvo la información clara y necesaria de los 2 Regímenes, en los diferentes derechos de petición que elevo a SKANDIA y que este fondo le explicó las dudas que tenía y pudo trasladarse en debido tiempo a COLPENSIONES, si así lo hubiese deseado.

Por su parte la Apoderada del actor, **señor LEONEL AROCA MONTAÑA**, interpone recurso de apelación únicamente en lo que, respecta a la decisión de no conceder o condenar a SKANDIA a devolver los costos de administración a COLPENSIONES; indicó que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, con fecha 20 de septiembre de 2021, radicado 80040 y SL 4426, dice que los efectos de la ineficacia incluye, no solo devolver el dinero que haya sido ahorrado por el actor, sino también las retribuciones, aduce que una AFP no puede beneficiarse de un acto ineficaz.; explicó que la sentencia antes menciona argumento que la consecuencia de una ineficacia a la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, lo que, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que, cobro el Fondo Privado a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para la garantía de pensión mínima debidamente indexados para no afectar financieramente el RPMPD.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por parte de Mapfre solicita que se confirme la decisión de primera instancia toda vez que es absuelta del llamamiento en garantía.

Skandia solicita que se mantenga sentencia de primera instancia, en tanto Colpensiones solicita revocar fallo de primera instancia con fundamento en que no se probó ninguna de las excepciones presentadas, no se acreditaron vicios de consentimiento y por tanto absolver de todas las pretensiones en su contra ya que no tuvieron vocación alguna en el traslado realizado por la parte actora al RAIS.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si SKANDIA S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 3 de enero de 2019 y su respuesta el mismo día. (fl 32 – 33).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga

dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 10 de febrero de 1956 (fl. 40); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 5 de marzo de 1986 y el 30 de abril de 2001, 693,14 semanas (fl. 34); iii) que el 6 de abril de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. SKANDIA S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de junio de 2001, (fl. 189) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP.

Por otra parte se absolvió interrogatorio de parte al actor; indicó que es de profesión Químico Farmacéutico, que no se encuentra pensionado; manifestó que en el año 2001, un asesor de SKANDIA les hizo una reunión general, que nunca tuvo una reunión personalizada, que no le indicaron que el dinero ahorrado iría a una cuenta individual, no le informaron de los rendimientos, expresó que solo le dijeron que podía pensionarse anticipadamente, con una mesada alta, que los asesores de SKANDIA diligenciaron el formulario, que hizo una fila para firmarlo, de manera libre y voluntaria, declaró que no realizó ningún tipo de preguntas y no volvió a recibir visitas de asesores, que recibía los extractos trimestralmente, pero no los entendía; reveló que nunca se acercó a ninguna oficina a solicitar explicación de los mismo porque trabajaba de domingo a domingo; señaló que desconoce los requisitos para pensionarse con el ISS, que tiene conocimiento que el ISS es hoy COLPENSIONES, que solo entiende que la pensión era el promedio de los últimos 10 años; manifestó que nunca indago sobre el tema de la pensión entre ambos Regímenes, finalmente indicó que hace 4 años se acercó a SKANDIA, solicitó información de su mesada pensional, manifestó que la entidad le informó, que su pensión era heredable, que le hicieron la proyección de la mesada la cual le salía muy bajita, que no le hicieron cuadro comparativo de la mesada entre el RAIS y RPMPD, advirtió que todo lo anterior fue su motivación para retornar a COLPENSIONES.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A., obligada a 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 LEONEL AROCA MONTAÑA, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo

el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando SKANDIA S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a SKANDIA S.A., el 6 de abril de 2001, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de junio de 2001, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber

permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **LEONEL AROCA MONTAÑA**.

De otra parte, en cuanto a la solicitud elevada por la parte actora, de que se que adicione a la sentencia de primera instancia, en el sentido de también ordenar el reintegro de los gastos de administración, basta indicar que, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de julio de 2020, con radicado 78667, 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, por lo tanto, dentro de los valores a devolver al RPM, debe incluirse todo aquello que la Administradora privada de pensiones, retuvo a título de cuotas de administración y comisiones, seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional; aclarando que:

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del

Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior, se accederá a lo solicitado por la parte actora, en consecuencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia apelada, ordenando a SKANDIA S.A., también devolver a COLPENSIONES, los valores descontados al demandante, durante el tiempo que estuvo afiliado a esa Administradora, por concepto gastos de administración, pago de seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima. Así mismo, deberá retornar los valores tales como cotizaciones, rendimientos financieros, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias csj sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia apelada proferida el 15 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de, también condenar a la demandada **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas al señor **LEONEL AROCA MONTAÑA**, por **concepto** de pago de seguros previsionales, aportes para garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

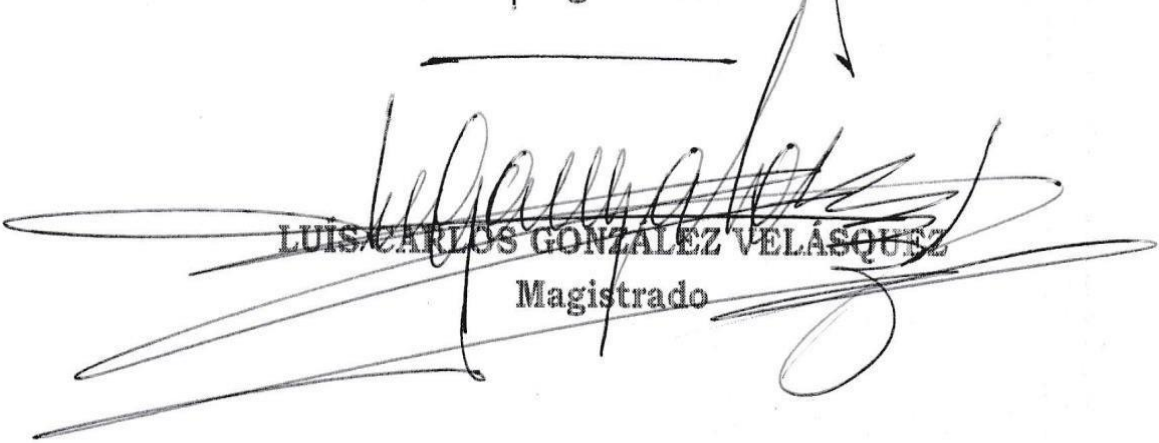
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.oo., a cargo de la recurrente y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030202000403-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y un (31) de enero 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. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 23 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GLORIA JEANET JIMENEZ TORRES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS**

ANTECEDENTES

GLORIA JEANET JIMENEZ TORRES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS., para que se declare la ineficacia de traslado, efectuado por ella del RPMPD al RAIS en el año 2001 ante la AFP COLFONDOS S.A, por existir falta información y buen consejo por parte de la AFP; solicitó que como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado, se ordene a AFP COLFONDOS S.A, retornarla, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración pagados al RPMPD - administrado por COLPENSIONES; que se ordene a COLPENSIONES a recibirla en el RPMPD y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y todo los que resulte probad ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 01 de octubre de 1968., indicó que desde mayo de 1991 hasta

noviembre de 1999, estuvo afiliada al Instituto del Seguro Social, con la convicción de ser esta entidad más estable para manejar su pensión, que para 30 de noviembre de 1999, acumuló un total de 199,29 semanas cotizadas en la caja pública y el ISS, que para el mes de enero de 2001, los asesores de la COLFONDOS S.A, le presentaron el nuevo régimen pensional, manifestó que los representantes de la AFP COLFONDOS S.A, ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener con el RPMPD al momento de pensionarse, advirtió que no manifestaron que capital debía acumular, ni los requisitos necesarios para poderse pensionar con esta entidad, tampoco que realizarían inversiones con su capital, qué tipo de riesgo tendrían esas inversiones, ni que podría tener pérdidas en su cuenta individual, así mismo exteriorizó que no realizaron una proyección de la mesada pensional de mi prohijado, que no informaron de manera comparativa que régimen pensional le era mejor de acuerdo a sus condiciones; expresó que por todo lo anterior, mi poderdante realizó el traslado del RPMPD al RAIS; informó que el día 11 de agosto de 2020, radicó derecho de petición a través de su sede electrónica ante la AFP COLFONDOS S.A. donde solicitó que se declare la ineficacia y se le retorne del RAIS al RPMPD, que mediante oficio de fecha 04 de septiembre de 2020, la AFP COLFONDOS S.A dio respuesta a la solicitud del retorno RPMPD, donde comunicó que no era posible acceder a su solicitud; que posteriormente el 24 de agosto de 2020, radicó derecho de petición a través de su sede electrónica ante COLPENSIONES solicitando se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS y que se le retorne al RPMPD, que, mediante oficio de fecha 25 de agosto de 2020, COLPENSIONES respondió manifestando que no es posible realizar el traslado solicitado; finalmente señaló que la AFP COLFONDOS S.A., le realizó la simulación pensional dentro de su probabilidad de vida, en la cual realizó una proyección pensional para cuando cumpliera los cincuenta y siete (57), de la que manifestó, que su ahorro pensional no es suficiente para recibir una mesada pensional; que la simulación pensional en el RPMPD, administrado por COLPENSIONES conforme a lo contemplado en la ley 797 de 2003, sería que a sus cincuenta y siete (57) años de edad, obtendrá una mesada pensional mensual que equivaldrá a la suma de \$1.560.472.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de perfeccionamiento actos de relacionamiento; saneamiento nulidad; protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero; inexistencia del derecho; pago de lo no debido; prescripción y caducidad e innominada o genérica. (Archivo 15 fls. 3 a 7).

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS., propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; no existe prueba de causal de nulidad alguna; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; buena fe; compensación y pago; saneamiento de cualquier

presunta nulidad de la afiliación; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (Archivo 13 fls. 14 a 17).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la señora GLORIA JEANET JIMENEZ TORRES, del RMPD administrado por el extinto ISS al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a partir del 1° de marzo del 2001, conforme a lo expuesto; declaró que la demandante esta válidamente vinculada al RPMPD administrado por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto; condenó a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1° de marzo del 2001 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPMPD; declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto; finalmente condeno en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$3'600.000) a favor del demandante y sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presento recurso de apelación, en contra de la decisión proferida por el despacho de primera instancia; solicito que se modifique la sentencia en caso de que, se confirme en segunda instancia que existió omisión o falta de información de parte de la AFP COLFONDOS S.A., en el momento de la afiliación, que se condene a dicho fondo a tratar a la actora conforme a las reglas del RPMD; dijo que, es importante exponer el daño matriz generado a

COLPENSIONES en cada uno de los procesos de ineficacia de traslado; expreso que en Colombia existe muchos procesos ordinarios laborales, tendientes a declarar la ineficacia del traslado realizado por los afiliados, del RPMPD al RAIS administrados por las AFP, PORVENIR, PROTECCION, COLFONDOS Y SKANDIA, aduciendo, la falta de información o buen consejo, falta de exposición de las ventajas y desventajas de ambos Regímenes, lo cual está generando miles de sentencias condenatorias donde COLPENSIONES se ve obligada a recibir y afiliar a la actora junto con los aportes que se encontraban en el RAIS, como consecuencia de ellos una vez cumplidos los requisitos de la actora, COLPENSIONES debe asumir una prestación pensional, impartiendo una justicia incompleta totalmente desacertada, que reconoce el derecho de la actora de retornar al RPMD, pero dicha decisión afecta gravemente los derechos de COLPENSIONES, quien está siendo condenado por un hecho que no cometió, sin que, exista una causa generadora que pruebe que COLPENSIONES fue la causante del traslado y la falta de información al momento de la afiliación a COLFONDOS S.A., mencionó que se debe tener claro el concepto de justicia, que radica en dar a cada uno su derecho; advirtió que no fue COLPENSIONES quien hizo incurrir en error a la actora, por lo anterior no puede ser condenada, por tanto existen otras formas de restablecer el derecho de la demandante, sin que afecte a COLPENSIONES, solicitó a los Magistrados asumir una decisión más ajustada y que sea revisada posteriormente por la Corte, expuso que posiblemente pueda ser implementada una nueva línea o precedente jurisprudencial que redireccione las condenas de los procesos de ineficacia a los fondos privados que causaron la desinformación de la actora; indico que la regla general en el RAIS se caracteriza por reconocer pensiones conforme al total del capital ahorrado en la cuenta individual del afiliado, que sin embargo deben implementarse nuevas condenas que asuman la realidad de la omisión, incluyendo cálculos pensionales; explicó que el fundamento tiene como función primordial y extraordinaria de proteger los dineros que se encuentran en la bolsa de COLPENSIONES, que corresponden a todos los afiliados del RPMPD, los cuales se han venido afectando por las sentencias de ineficacia debilitando el sistema financiero de COLPENSIONES como tercero de buena fe, que dicho traslado de dineros no suplen el hueco financiero y el daño ocasionado a COLPENSIONES, los valores destinados a seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, generalmente queda en el aire y no existe garantía para COLPENSIONES de recuperar estos valores que disminuyen considerablemente el capital ahorrado de la aquí demandante; también hay que tener en cuenta que la actora no ha realizado aportes a COLPENSIONES por más de 20 años, afectando de esta forma el ciclo piramidal, que las cotizaciones de las personas activas laboralmente son utilizadas para cubrir las pensiones de las personas que cumplieron con los requisitos para pensionarse; menciono que, la Magistrada Dra., MARLENY RUEDA OLARTE en sentencia indico *“Finalmente se considera que hay lugar adicionar en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la actora, en montos no*

previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto originados en la omisión que incurrió los fondos privados demandados”, aclaró que para este caso es COLFONDOS S.A. toda vez que al reconocer los derechos de la actora se están afectando los derechos de COLPENSIONES; finalmente solicitó se absuelva a COLPENSIONES de recibir la afiliación de la actora en el RPMPD; manifestó que, COLPENSIONES está realizando una tabla financiera con el fin de demostrarle a los Magistrados el daño que se le ha generado, donde explica que los dineros que hacen falta cada año, se le solicitan al Gobierno Nacional para poder cumplir con las obligaciones de las persona del RPMPD, que si se hubiesen recibido todas esas cotizaciones de las demandas de ineficacia y nulidad, eso correspondería al 45% del presupuesto anual, que estaría perdiendo COLPENSIONES.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**, interpuso recurso de apelación de manera parcial, contra la decisión proferida; indico que con respecto a la condena impuesta a COLFONDOS S.A., al pago de costos de administración, los cuales se deben trasladar de manera indexada; explicó que estos gastos se encuentran autorizados por la Ley, tal como lo establecen los artículos 20 y 60 de la Ley 100, que los mismos tienen por objeto compensar la gestión de administración que realizan las AFP, por el manejo de los aportes de los afiliados, que generaron rendimientos financieros y capitalizaron la cuenta pensional de la afiliada, manifestó que ordenar el traslado de tales gastos, desconoce el esfuerzo de la Administradora por la buena gestión en beneficio de la actora, que dichos rubros no tienen por objeto financiar la pensión, que por eso no resulta procedente su traslado, ya que son conceptos causados y pagados durante el tiempo que COLFONDOS S.A., administro la cuenta individual de la demandante, generando rendimientos superiores a los que, hubiera generado en el RPMPD, indicó que los gastos de administración son de tracto sucesivo que se causa por la periodicidad que impone la Ley, por tanto aquellos, que, advirtió que no fueron reclamados dentro de los 3 años siguientes a su causación y por lo tanto se encuentran prescriptos, que tiene fundamento ordenar el pago de los mencionados emolumentos y disponer su traslado de manera indexada, que se estaría poniendo una sanción demasiado alta a COLFONDOS S.A., cuando el fondo actuó de buena fe, conforme lo indica la ley en beneficio de la actora, garantizándole la capitalización de la cuenta individual, protegiéndola de los riesgos de invalidez y muerte; ilustró que resulta desacertado condenar a COLFONDOS S.A., al pago de gastos de administración debidamente indexados, omitiendo el contenido del artículo 101 de la ley 100, según el cual las AFP, tienen la obligación de mantener una rentabilidad mínima, cuando la AFP traslada la totalidad del capital acumulado junto con los rendimientos a COLPENSIONES, los recursos no han sufrido un detrimento económico por lo que, no hay necesidad de indexar valor alguno, que el pago de indexación sobre los emolumentos condenados en contra de COLFONDOS S.A., supone un enriquecimiento sin causa a favor de la

actora, la cual se beneficiaba de la buena administración realizada por COLFONDOS S.A., el artículo 7 del Decreto 3595 de 2008, que no incluye el traslado de gastos de administración, mucho menos los rubros que no se encuentran autorizados, por dicha disposición, ello en el fundamento del principio de sostenibilidad del sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por la parte actora peticiona que se mantenga el fallo de primera instancia.

Colpensiones solicita que se modifique o se revoque el segundo fundamento del fallo de primera instancia y que se absuelva de todas las condenas en su contra con fundamento en que el reconocimiento de retorno al RPM afecta sus derechos como administradora toda vez que estaría siendo condenado a un hecho que no cometió.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 24 de agosto de 2020 y su respuesta el 25 de agosto de 2021. (fls 39 – 41 archivo 04).

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 1 de octubre de 1968 (fl. 1 Archivo 04); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 23 de mayo de 1991 y el 30 de noviembre de 1999, 193,29 semanas (fl. 3 Archivo 04); iii) que el 1 de marzo de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., (fl. 28 Archivo 04) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por la parte actora.

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte a la representante de COLFONDOS S.A.; manifestó que, hace aproximadamente 2 meses es Representante Legal de COLFONDOS S.A.; expuso los conocimientos básicos que debe tener un asesor al momento de brindar información, como las características propias del Régimen de Ahorro Individual, como funciona, ventajas y desventajas del Régimen, comparaciones entre RAIS y RPMPD, que periódicamente se evalúan los asesores para verificar, si estos, están captando de manera correcta toda la información dada en las capacitaciones, indicó que no existe documento alguno distinto al formulario de afiliación, porque para la época en la que se trasladó la actora

no era obligación dejar documentada la información, que no tiene conocimiento de que la demandante este pensionada actualmente, tampoco sabe de traslados horizontales a otros fondos porque actualmente se encuentra afiliada a COLFONDOS S.A.; manifestó que no trabajaba en COLFONDOS S.A. al momento del traslado, por lo tanto no sabe si la entidad contaba con calculó actuarial para la época de los hechos, adujo que por políticas de la entidad los asesores estaban en la obligación de brindar toda la información necesaria a los afiliados, se hacía de manera verbal; que a la afiliada de manera periódica se le remitían por correo electrónico y físicamente los extractos de la cuenta individual, para que verifique la información de los aportes que ha realizado, que no existe soporte de que la actora haya solicitado re - asesoría de COLFONDOS S.A., afirmó que a la demandante se le hizo una proyección de la mesada pensional en el año 2020, pero no sabe qué valor le dieron en dicho documento.

También absolvió interrogatorio de parte de la demandante; indicó que, nació el 01 de octubre de 1968, que su profesión es Licenciada en Educación Preescolar, que su estado civil soltera, tiene 3 hijos, una de las hijas tiene 10 años, manifestó que, en el año 2001, empezó a laborar con la Caja de Compensación Familiar CAFAM, en Jardines Infantiles, dentro del paquete de documentos requeridos para la vinculación que debía firmar, estaba el formulario de COLFONDOS S.A., que intervinieron varias personas en el momento de la vinculación, pero que no habían asesores del ISS, que le indicarán las ventajas de quedarse o trasladarse, diligenció el formulario, lo firmó, no hubo presión, pensó que era un requisito, pero no tenía conocimiento de la transcendencia que tendría en un futuro, manifestó que el asesor le informó, que el ISS se iba acabar y tendría muchos más beneficios en COLFONDOS S.A., expresó que creyó en lo que le dijeron, que nunca investigó si era cierto, que tampoco le dijeron que podría retractarse, que no le hicieron proyección de la mesada pensional, ni le dieron información de los aporte que tenía en el ISS, que no le indicaron los requisitos para pensionarse con el RAIS, indicó que mediante abogado hizo los requerimientos a COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.; señaló que no tenía conocimiento, ni COLFONDOS S.A., le notificó que, antes de cumplir los 47 años de edad podía retornar a COLPENSIONES, por ese motivo no lo hizo antes.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A., obligada a 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 **GLORIA JEANET JIMENEZ TORRES**, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de

la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a COLFONDOS S.A., el 1 de marzo de 2001, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia

de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **GLORIA JEANET JIMENEZ TORRES**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de COLFONDOS S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **GLORIA JEANET JIMENEZ TORRES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

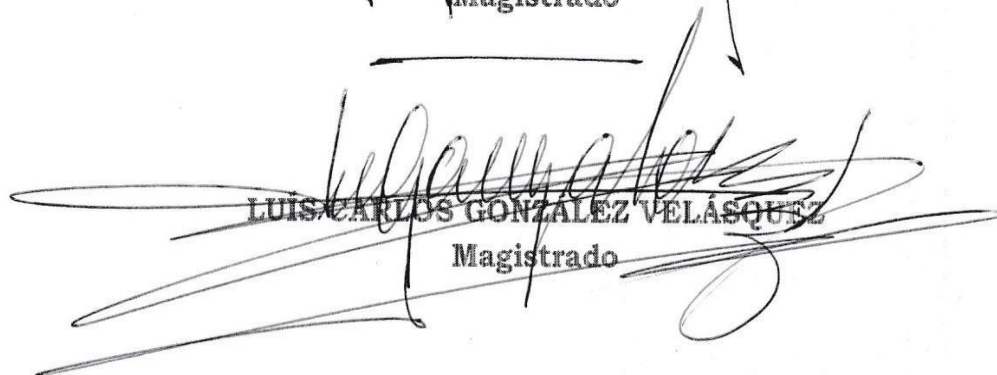
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036202000490-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y un (31) de enero 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. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A. en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 05 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS EDUARDO CORREDOR CALDERON CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**

ANTECEDENTES

LUIS EDUARDO CORREDOR CALDERON, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se declare que fue inducido en error por parte de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, en el traslado de régimen pensional, efectuado el 30 de noviembre de 2006, que se declare la nulidad del traslado pensional que el efectuó el 30 de noviembre del año 2006 en el FONDO DE PENSIONES SANTANDER hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN; que por lo anterior solicitó que se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, a que traslade a COLPENSIONES los saldos, cotizaciones pensionales, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses de su cuenta de ahorro individual. Que se condene a COLPENSIONES a que acepte su traslado pensional y se registre en el reporte de historia laboral las semanas pensionales correspondientes,

finalmente requirió que se declare y condene a las entidades demandadas a cualquier otro derecho, no solicitado, pero si probado por las facultades ultra y extra petita del juez laboral.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 31 de marzo de 1958., que cotizó en pensiones en el ISS, entre el mes de abril de 1980 al mes de octubre de 2006 de manera interrumpida, que se afilió al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER el 30 de noviembre de 2006; afirmó que el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER no le informó de manera clara, oportuna y suficiente las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, que no le suministró información sobre los efectos del traslado de régimen pensional, manifestó no tuvo elementos objetivos para decidir de manera consiente que régimen pensional le convenía; explicó que el Fondo de PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER fue absorbido por la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., finamente indicó que mediante petición radicada el 11 de septiembre de 2019 solicitó a PROTECCIÓN la nulidad del acto de afiliación y el traslado de las cotizaciones pensionales con sus rendimientos a COLPENSIONES, entidad que dio respuesta mediante el documento del 18 de septiembre de 2019 y le negó la solicitud de nulidad y traslado, que mediante petición radicada el 16 de septiembre de 2019 solicitó a COLPENSIONES la aceptación del traslado pensional, entidad que dio respuesta el 18 de septiembre de 2019 y le negó la solicitud de aceptación del traslado pensional.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado; responsabilidad Sui Generis de las entidades de la Seguridad Social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio Constitucional De Sostenibilidad Financiera Del Sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de La Constitución Política); buena fe de COLPENSIONES; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 e innominada o genérica. (archivo 02, fls. 13 a 18).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los

recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; innominada o Genérica; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (Archivo 02, fls. 15 a 21).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia del traslado efectuado por el señor LUIS EDUARDO CORREDOR CALDERÓN del RPMPD al RAIS, que se hizo efectivo el 01 de enero de 2007, a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior ordenó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, los valores LLGL de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo descontados por concepto de gastos de administración y comisiones, más los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; así mismo ordenó a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante; finalmente declaró no probada la excepción de prescripción y condeno en costas a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Liquidándose como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cargo cada una de ellas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, sustentó que la firma del formulario de afiliación del demandante con la AFP PROTECCIÓN, es completamente válida, y no hay lugar a declarar su ineficacia pues fue firmada de forma libre y sin presiones, que con este se dio cumplimiento del deber de información exigido para la época, alegó que no se debe dejar velado aquella manifestación que hace la Corte Suprema de Justicia, donde indicó que cada caso se debe estudiar de forma particular, con respecto a esto solicitó que se estudie de forma particular el caso aquí debatido teniendo en cuenta

que el demandante no tenía una expectativa legítima de pensionarse con CLPENSIONES, que adicionalmente si para el año 2006 el demandante no recibió una asesoría adecuada por parte del Fondo Privado, con respecto a las características de cada régimen pensional, esto se vio saneado con el tiempo, porque el demandante estuvo en el RAIS, durante varios años antes de estar inmerso en la prohibición del artículo de la ley 797 del 2003, manifestó que el actor si tuvo tiempo para ocuparse de algo tan importante como lo es su futuro pensional. que por el contrario el demandante nunca se acercó, ni al ISS, ni posteriormente a COLPENSIONES a preguntar sobre sus cotizaciones y su futuro pensional; señaló que lo anterior le permitió concluir que su voluntad era estar en el RAIS, advirtió que si bien en este tipo de procesos se exige a los Fondos Privados cumplir con los lineamientos del estatuto del consumidor financiero, esto también debe operar para los afiliados quienes deben cumplir con los deberes tales como, informarse o leer y revisar los formularios de afiliación los cuales se señaló en presente proceso y no cumplió el demandante, explicó que aún cuando la AFP regrese todos los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual del demandante se sigue afectando el Principio De Sostenibilidad Financiera de CLPENSIONES, que es dable aplicar la provisión del artículo 2 de la ley 797 del 2003, en aras de garantizar el principio antes mencionado; finalmente solicitó se revoque la condena en costas impuestas COLPENSIONES, indicó que la misma es llamada a juicio por ser la administradora, que debe recibir al demandante como consecuencia de la ineficacia de traslado con la AFP demandada y no porque COLPENSIONES haya faltado a sus deberes legales, que la ineficacia declarada es con base a la falta de información en la que incurrió la AFP y que en el presente proceso se tiene como vencido a dicho fondo y no a COLPENSIONES.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PROTECCION S.A., de todas las condenas, manifestó que PROTECCIÓN, no probó la asesoría realizada, pero que en virtud del artículo 244 el CGP el formulario de afiliación es un documento al cual no se le puede restar valor probatorio, que la información se realizaba de manera verbal y el requisito principal para la época era en el momento en que ocurrió la afiliación era regulado por el artículo 13114 de la ley 100, en el cual se autoriza el traslado y como se debía generar, advirtió que así se cumplió con la ley; señaló la prohibición en que se encuentra inmerso el demandante, ya que cuenta con menos de 10 años para cumplir el requisito de pensión, que lo anterior está regulado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003; con respecto a los gastos de administración manifestó, que durante el tiempo que el demandante estaba afiliado al Fondo, el dinero de su cuenta de ahorro individual fue administrado con el mayor cuidado y diligencia y que se puede constatar de acuerdo a los rendimientos financieros entre estos y la contestación por lo cual el dinero consignado y las restituciones mutuas sustentadas en el artículo 1746 del código civil, advirtió que se debe entender que aunque se

declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación del demandante basado en la ficción de que nunca existió contrato, que al declararse los gastos de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa; que por el contrario sería una sanción en ese sentido el proceso no es el idóneo para reconocer este tipo de monumentos, esto sería una póliza sin ningún tipo de siniestro; con respecto del seguro previsional protección manifestó que es imposible otorgarlo, puesto que corresponde a una aseguradora, que en el caso de ordenarse el traslado tendría que asumirlo a su cargo de patrimonio propio por lo cual se constituye en un enriquecimiento sin causa a favor del demandante y una vulneración del derecho de igualdad PROTECCION S.A.; finalmente solicitó que se revoque la condena en costas a PROTECCIÓN, que lo anterior fue precedido del principio de la buena fe y en estricto cumplimiento de la norma de regulación de la materia toda vez que se dio cumpliendo a ley 797 de 2003.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por parte de Colpensiones solicita que se revoque fallo de primera instancia y en su lugar se absuelva de las pretensiones en su contra manifestando que en el proceso no se evidencian vicios de consentimiento.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración, iv) si hay lugar a la condena en costas de las demandadas.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 16 de septiembre de 2019, de la cual obtuvo respuesta el 18 de septiembre de 2019. (Archivo 03, fl 47 a 49).

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

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

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

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

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

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

beneficiarios.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 31 de marzo de 1958 (Archivo 03, fl. 92); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de abril de 1980 al mes de octubre de 2006, 1362 semanas (Archivo 06 fl. 4 Historia Laboral); iii) que el 30 de noviembre de 2006, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de enero de 2007, (Archivo 02 fl. 65) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP.

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte al demandante, indicó que se encontraba trabajando en la empresa NUGLES S.A., que llegaron unos

asesores de los Fondos, que venían a darles una información, expreso que la misma se trataba de que el seguro social iba a terminar y que no estaban respondiendo por el tiempo de cotización, que ellos estaban representando al Banco Santander, que se encargarían de a ayudar a los trabajadores, manifestó que ella investigo su historia laboral en aquella época, que no le aparecía el tiempo cotizado desde la fecha que comenzó a trabajar en las otras empresas, que ella le preguntó a la jefe de personal por los señores que los visitaron del Fondo, su respuesta fue que ellos vuelven que ella le avisaba, afirmó que a los pocos meses volvieron y ella les comentó lo que sucedía con su Historia. Laboral y las semanas que no le aparecían, a lo que le respondieron que a ellos no era si no firmarles una orden para investigar, indico que escribieron su nombre en la cabecera del papel o formulario que tenían ella firmo, advirtió que no le hicieron llegar ninguna información, que ante la demora, un día le pregunto a la jefe de personal sobre el tema, ella le contestó que tranquilo que esa información llega, aseguro que después le llego un paquete de todo el historial laboral y no encontró ninguna otra información. Expreso que el Fondo en ningún momento le explicó que era una cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, que no le indicaron cómo se calculaba el monto de la pensión en esa administradora de pensiones, cuáles eran los requisitos para pensionarse en el seguro social, que era el derecho de retracto; expuso que algún momento intentó retornar al RPMPD, cuando iba a cumplir 51 años de edad, donde le respondieron que no porque yo ya había firmado con el Fondo Santander; indicó que en estos momentos está trabajando, que no está pensionado, y no ha solicitado la pensión directamente al fondo, señaló que los promotores del fondo privado le hablaron de su bono pensional, que la llamaron para decirle que tenía que retirarlo porque el seguro social me lo iba a quitar y no me lo reconocían. Pero que ella no lo retiro; finalmente exteriorizó que su motivación para regresar al RPMPD, es que los Fondos le indicaron que se iba a pensionar a los 55 años, que cuando los tenía, se acercó al Fondo y la información que le dieron fue, que era que a los 60 años de edad que podía reclamar su pensión, dijo que posteriormente regreso cuando iba a cumplir los 60 años y le dijeron que no podía pensionarse porque no tenía la edad, que le hicieron una liquidación y seguidamente le explicaron que esa era la liquidación de su pensión, que no podía negociar porque el fondo estaba esperando que cumpliera la edad ya que tenía la semanas completas

cotizadas; manifestó que quiere regresar a COLPENSIONES porque considera que en este régimen tendrá una mesada pensional más alta.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba **COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.**, obligada a 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 EDUARDO CORREDOR CALDERON**, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando **COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.**, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el 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 el actor a **COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.**, 30 de noviembre de 2006, con fecha de efectividad desde el 01 de enero de 2007, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer

para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **LUIS EDUARDO CORREDOR CALDERON**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCIÓN S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, SL1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser

entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, habida cuenta 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 finca su inconformidad PROTECCIÓN S.A., no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se relevén de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUIS EDUARDO CORREDOR CALDERON CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

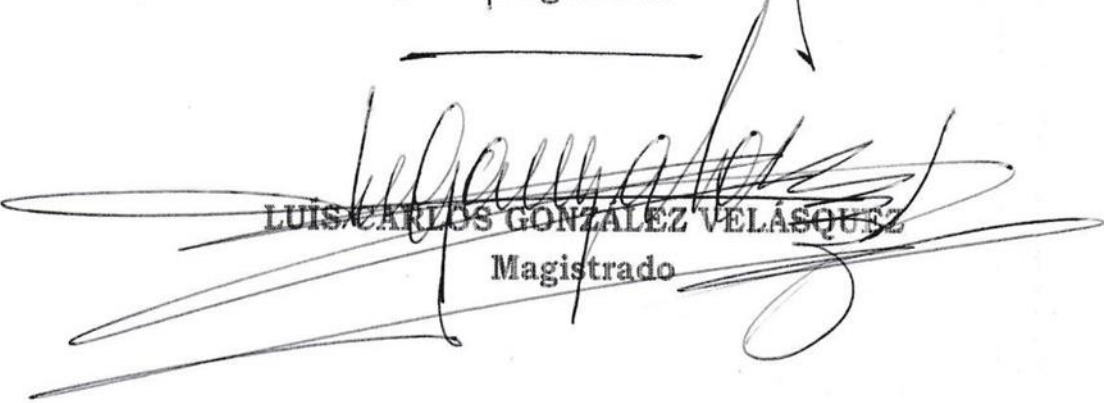
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM