



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500520210019301

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 24 de marzo de 2023 por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA CECILIA MONROY DUARTE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

MARTHA CECILIA MONROY DUARTE, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se decrete la nulidad por ineficacia de su afiliación al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A., por falta de consentimiento informado, generando una ineficacia en el traslado del RPM; que, se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los aportes realizados, junto con los rendimientos generados e igualmente, que, se ordene a esta última, recibir sus aportes; que, se condene a PORVENIR S.A., al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 06 de enero de 1959, por lo que, a la presentación de la demanda, contaba con 61 años de edad; que, se afilió y realizó cotizaciones para pensión, en el RPM, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, desde el 10 de enero de

1990, hasta cuando fue abordada por asesores de la AFP PORVENIR S.A., quienes insistentemente le ofrecieron la posibilidad de recibir rendimientos financieros y pensionarse a una menor edad, sin informarle que el mayor valor pensional ofrecido era bajo la modalidad de retiro programado y que éste, no era definitivo, sino que, estaba sujeto a los rendimientos del capital; que, tampoco le indicaron como se liquidaba la pensión anticipada, ni cuál sería el monto de la prestación, el comportamiento del bono pensional, su redención anticipada y negociación.

Refirió que, nada se le advirtió respecto al plan de asesoría denominado 11 años, en el cual se les advierte a los afiliados la posibilidad de retornar al RPM antes de estar a 10 años o menos de la edad para pensión; que, la AFP PORVENIR S.A., incumplió su deber legal del buen consejo, frente al consumidor financiero, pues, nunca le ofreció 2 portafolios de inversión, en las condiciones y con sujeción a los límites establecidos por el Gobierno Nacional.

Indicó que, los días 02 y 05 de septiembre de 2016, les solicitó a las demandadas, su traslado de la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, petición que fue negada por ambas Administradoras (Archivo 02).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP 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 presentadas por la actora, ante cada Administradora.

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, 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad e la sentencia SL373 de 2021 y la innominada o genérica (Archivo 07).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, alegó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 09).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de marzo de 2023, el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional del RPM al RAIS, realizado por la señora MARTHA CECILIA MONROY DUARTE a través de PORVENIR S.A., ordenándole a esa AFP, trasladar a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral; condenó en costas a PORVENIR S.A. y, concedió el grado jurisdicciones de consulta a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, pese a no haber apelado la sentencia objeto de consulta, pidió revocarla y absolver a esa Administradora de las pretensiones de la demanda, manifestando que la actora, se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que, debe ser exonerada, por lo menos, del pago de las costas, pues, siempre ha actuado ajustándose al régimen legal; que, el traslado efectuado por la demandante, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, con la suscripción del formulario de afiliación a la AFP, sin que se haya demostrado ningún vicio en el consentimiento, sino todo lo contrario, esto es, que sí recibió asesoría; que, nunca la accionante, hizo efectivo su derecho al retracto, siendo la única motivación de esta acción, el menor valor de la mesada pensional, que recibiría la señora Monroy en el RAIS, situación que no podía definirse al momento de su traslado, por las diversas variables que inciden para su cálculo; que, las condenas impuestas a COLPENSIONES, deben sujetarse al traslado de los dineros e información por parte de PORVENIR S.A.

La AFP PORVENIR S.A., manifestó que, en el presente caso, no se cumple con ninguno de los presupuestos legales para declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, quien haciendo uso del derecho a la libre escogencia materializó su voluntad de traslado, con la suscripción del formulario de afiliación; que, PORVENIR S.A., acreditó el cumplimiento del deber de información, sin que puedan imponérsele cargas probatorias inexistentes para la fecha de vinculación de la demandante, con esa AFP.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del *a quo*, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en

consecuencia, sí procede o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de

información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron 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: *i)* que, la demandante nació el 09 de enero de 1959; *ii)* que, estuvo afiliada al RPM, cotizando para pensión, a través del ISS hoy COLPENSIONES, entre el 10 de enero de 1990 y el 31 de octubre de 1996 *iii)* que, el 24 de septiembre de 1998, la actora, suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A., no obstante, el 03 de diciembre de 1999, se retractó de su decisión, afiliándose nuevamente a esa AFP, el 04 de diciembre de 2000, con efectividad a partir del 01 de enero de 2001; y *iv)* que, a la presentación de la demanda, la demandante, se encontraba vinculada a PORVENIR S.A., habiendo cotizado 1570 semanas en toda su vida laboral; lo que se encuentra acreditado con la documental obrante en los archivos 02, 08, 09 del expediente digital y con el interrogatorio de parte, absuelto por la demandante.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARTHA CECILIA MONROY DUARTE, 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019,

CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad de la demandante, de retornar al RPM, con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 30 de noviembre de 2000, con efectividad a partir del 01 de enero de 2001 (fl. 71 Archivo 09), se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del CPTSS, 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.

Los anteriores argumentos conducen a la Sala, a confirmar la sentencia consultada.

Sin Costas en la alzada ante su no causación. Las de Primera Instancia 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 24 de marzo de 2023 por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARTHA CECILIA MONROY DUARTE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



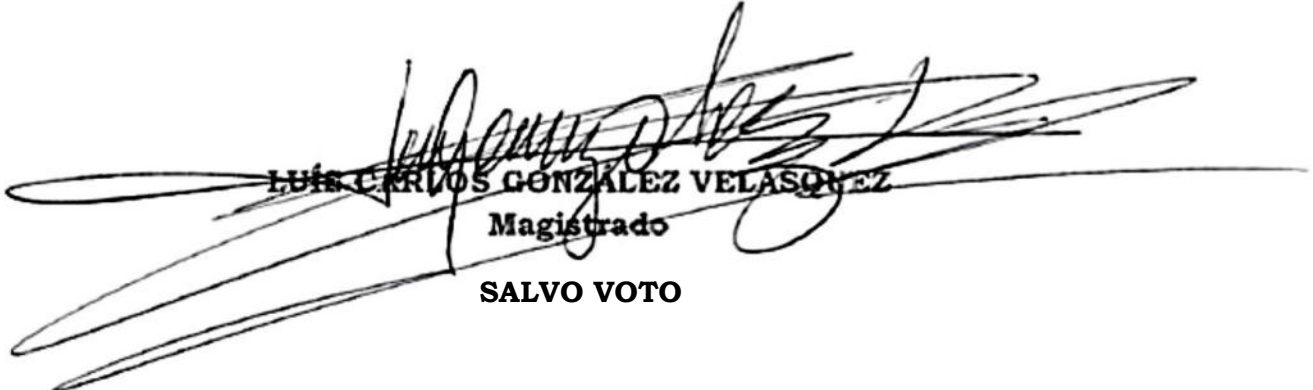
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

SALVO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

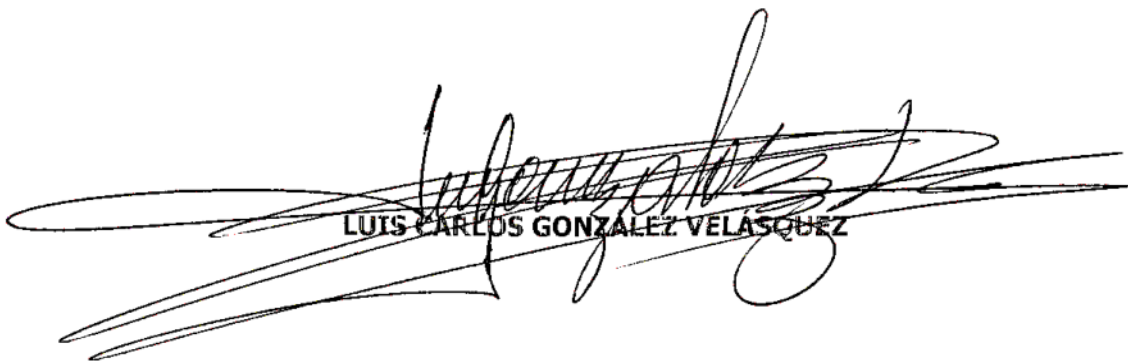
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 005 2021 00193 01 DE MARTHA CECILIA MONROY DUARTE CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora MONROY DUARTE al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi salvamento.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105039202200199-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de mayo de 2023, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **TOMAS ELÍAS QUIROZ RAMÍREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

TOMAS ELÍAS QUIROZ RAMÍREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., para que, se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen pensional, efectuado en el mes de septiembre de 1996, a través de la AFP PROTECCION S.A., por existir un vicio del consentimiento, por la falta de asesoría adecuada, con relación a las consecuencias que tal acto traería para su futuro pensional; que se ordene a las demandada, realizar los trámites administrativos que correspondan, para retornar al RPM, sin solución de continuidad, junto con el traslado de los saldos depositados en su cuenta de ahorro individual; que, se ordene a COLPENSIONES, actualizar su historia laboral.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 09 de febrero de 1963; que, estuvo afiliado al RPM, a través de CAJANAL, entre noviembre de 1993 y enero de 1995; que, en septiembre de 1996, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Refirió que, al momento del traslado de régimen pensional, PROTECCIÓN, le brindó una asesoría deficiente, sin indicarle las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, no le explicó las consecuencias, de su traslado del RPM al RAIS, limitándose a informarle que el ISS se iba a acabar y nadie respondería por los aportes realizados al Sistema pensional, razón por la que su mejor opción era vincularse a esa Administradora; que, la demandada, no realizó una simulación o proyección del valor de su mesada pensional, tanto en el RPM, como en el RAIS, menos aún le dijo los requisitos para adquirir la pensión de vejez, en ambos regímenes.

Indicó que, el asesor de PROTECCIÓN, le advirtió que, por su edad, podía pensionarse en cualquier momento, sin informarle las condiciones que debía reunir para optar por tal posibilidad, ni tampoco se le advirtió que podría efectuar un traslado voluntario en los términos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Afirmó que, a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba afiliado a COLFONDOS S.A., habiendo cotizado un total de 1.095 semanas (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLFONDOS, COLPENSIONES y PROTECCIÓN 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 presentadas por el actor, ante cada Administradora.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Archivo 10).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del Sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, 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 y la innominada o genérica (Archivo 12).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación t falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos 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, 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra Administradora de Fondos de Pensiones (Archivo 13).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de mayo de 2023, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que, el traslado realizado por el señor TOMAS ELÍAS QUIROZ RAMÍREZ del RPM al RAIS, a través de PROTECCIÓN S.A., y con efectividad a partir del 01 de abril de 1996 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno, por lo que, se deberá entender que el demandante, jamás se retiró del RPM, situación que también se debe entender frente a la afiliación que se realizó de PROTECCIÓN S.A., a COLFONDOS S.A., cuya efectividad comenzó el 01 de mayo del 2002; condenó a PROTECCIÓN S.A., a transferir a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que recibió por gastos de administración, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir el fallo.

Igualmente, la *a quo*, condenó a COLFONDOS S.A., a transferir a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y bonos pensionales de haberse redimido, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir la sentencia; le ordenó a COLPENSIONES, recibir los dineros provenientes del RAIS y reactivar la afiliación del demandante, sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas; informándole a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar esta ineficacia y en contra de PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A.; condenó en costas a COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, solicitó revocar parcialmente la decisión de Primer Grado, en lo atinente a retornar los conceptos relacionados con gastos de administración, comisiones de seguro previsional, sumas de reaseguro y el porcentaje destinado al Fondo de Pensión de Garantía Mínima, junto con la orden de indexación de tales sumas, por ser una decisión que no se ajusta a Derecho, pues, en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esa AFP, tenía que descontar de la cotización mensual a pensión que hacía el demandante, el 3% por gastos de administración, de lo cual también dedujo lo correspondiente a las primas de seguros previsionales, que le garantizaron al actor, durante su afiliación a esa Administradora, los riesgos de invalidez y muerte, lo que, en caso de haberse presentado, conduciría al pago por parte de las Aseguradoras respectivas, de la suma adicional para cubrir esas contingencias; que, la actuación realizada por COLFONDOS, ha sido válida, de buena fe y en cumplimiento de una disposición legal; que, en el RPM, también se hace una deducción por gastos de administración, lo que conduce a un enriquecimiento injustificado en el patrimonio de COLPENSIONES, y además, implica un detrimento para COLFONDOS, si se tiene en cuenta que las primas fueron canceladas mensualmente a las aseguradoras contratadas, por lo que, esos dineros no permanecen en esa AFP; que, tampoco resulta acertada la orden de asumir esos pagos con cargo al propio patrimonio de la Administradora, porque, reiteró, sólo se ha limitado a cumplir con su deber legal de realizar los descuentos por administración y la contratación de las pólizas de Seguros Previsionales; que, tampoco procede la indexación, porque no existe una disposición legal que así lo establezca y, si lo que se pretende es compensar la pérdida del valor adquisitivo que por el paso del tiempo han podido sufrir dichas sumas, con el traslado de los rendimientos financieros, está compensada la devaluación monetaria.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, indicó que, el demandante, no cumple con los requisitos para retornar al RPM, de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales; que, es deber de los afiliados al Sistema General de Pensiones, emplear la suficiente atención y cuidado en la toma de decisiones, que implican la aceptación de los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES, insistió en que debe revocarse la sentencia apelada, pues, el demandante, se encuentra incurso en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 13 de la Ley 100 de 1993; que, tampoco se acreditó un vicio en el

consentimiento al momento de su traslado al RAIS, siendo carga probatoria del actor, demostrar el engaño del que alega fue objeto al momento de su afiliación; que, la AFP, cumplió con el deber de información en los términos vigentes para febrero de 1996, sin que pueda imponérsele cargas adicionales a la suscripción del formulario de afiliación; que, avalar el retorno del accionante, al RPM, contribuye a la descapitalización del Sistema pensional; de manera subsidiaria, solicitó que, en caso de confirmar el fallo apelado, se sujete el cumplimiento de la sentencia al traslado de la totalidad de las sumas de la cuenta de ahorro de individual del actor.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional del consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la AFP PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PROTECCIÓN S.A.; *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; *iv)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de retornar al RPM.

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así:

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	personal	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, 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: *i)* que, el demandante nació el 09 de febrero de 1963; *ii)* que, trabajó para el Hospital San Roque E.S.E., del municipio de El Copey, entre febrero de 1992 y marzo de 1993, cotizando al extinto CAJANAL, *iii)* que, el 27 de febrero de 1996 se trasladó al RAIS, administrado por PROTECCIÓN con fecha de efectividad desde el 01 de abril de 1996; *iv)* que, el 22 de marzo de 2012, se cambió a la AFP COLFONDOS S.A.; y *v)* que, a la presentación de la demanda, se encontraba vinculado a COLFONDOS S.A., habiendo cotizado 1.300,43 semanas en toda su vida laboral; lo que se encuentra acreditado con la documental obrante en los archivos 01, 10, 12, 12.1, 13 del expediente digital y con los interrogatorios de parte, absueltos por el demandante y la representante legal de PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera PROTECCION S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado al actor, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor TOMAS ELÍAS QUIROZ RAMÍREZ, 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad del demandante, de retornar al RPM, con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse, pues, no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir

dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS,

aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

Respecto a la indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente la *a quo*, impuso esta orden, únicamente sobre los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando PROTECCIÓN S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 27 de febrero de 1996, con efectividad el 01 de abril de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, al igual que, su posterior cambio a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, el 22 de marzo de 2012, efectivo a partir del 01 de mayo de 2012, el cual no validó el traslado inicial, pues, como ha señalado en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989: *“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*.

Finalmente, en cuanto la adición del fallo apelado, también solicitada por COLPENSIONES, para que se indique que esa Administradora, sólo puede cumplir con las órdenes impuestas por la *a quo*, una vez PORVENIR S.A., traslade la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, con los demás emolumentos; considera la Sala, que tal solicitud no cumple con

las exigencias fijadas en los artículos 285 y 287 del CGP, aplicables al procedimiento laboral, por remisión del artículo 145 del CPTSS.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, por haberles sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia 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 mayo de 2023, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **TOMAS ELÍAS QUIROZ RAMÍREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

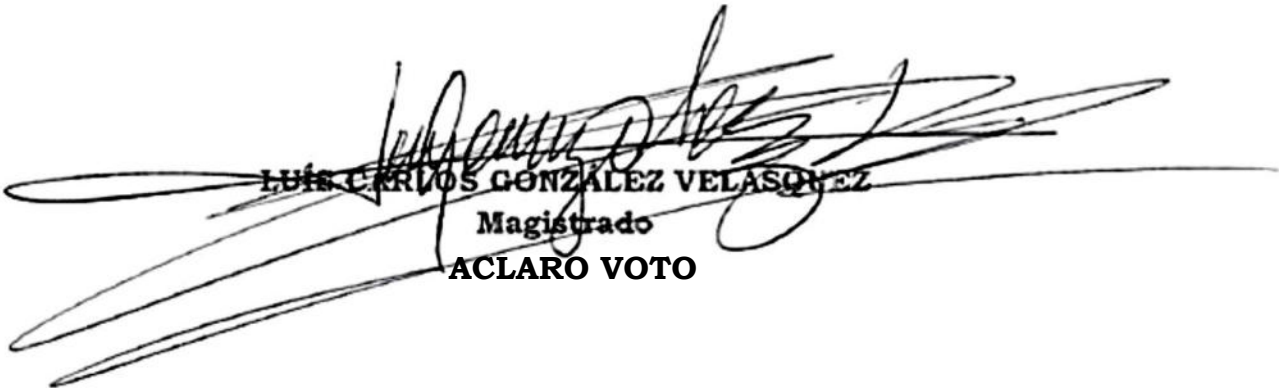
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de cada recurrente y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

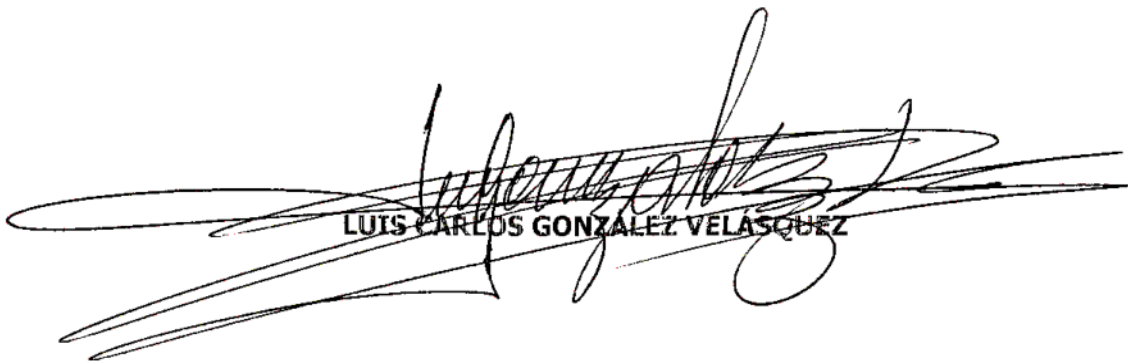
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 039 2022 00199 01 DE TOMAS ELÍAS QUIROZ RAMÍREZ CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor QUIROZ RAMÍREZ al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105014202000214-02

En Bogotá D.C., hoy Treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Colfondos S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el primero (1) de junio de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **NORMA ALEJANDRA RIOS GIOVANZANI** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

NORMA ALEJANDRA RIOS GIOVANZANI, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, para que se

declare ineficaz y nula la vinculación de la demandante al RAIS efectuada con COLFONDOS el 30 de octubre de 1997 y materializada el 1 de diciembre de ese mismo año, al existir error de hecho que vicio el consentimiento, en consecuencia, condenar a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación de la demandante, a actualizar la historia laboral, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho, de forma subsidiaria que se declare que no se dio la asesoría suficiente, condenar al pago de indemnización por engaño.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 13 de septiembre de 1963, que el 12 de mayo de 1988 empezó a cotizar al ISS hasta el 30 de noviembre de 1997 y desde el 1 de diciembre de 1997 al 30 de junio de 2020 con COLFONDOS S.A., para un total de 1.224.28 semanas, que para el momento del traslado no se dio la información, necesaria, completa y suficiente, por parte del asesor, que luego de conocer que su mesada pensional sería más alta en el RPM, por lo que el 4 de mayo de 2020 solicito a COLFONDOS la anulación de la afiliación, lo cual fue negado con pronunciamiento del 28 de mayo de 2020, que el 5 de julio de 2018 solicito ante COLPENSIONES la solicitud de traslado, lo cual fue negado. (archivo 04.Demanda.pdf)

Contestación de la demanda

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denomino; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, improcedencia del traslado de régimen del pensionado, innominada o genérica. (archivo 15ContestaciónColpensiones.pdf)

Por su parte, a la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se le dio por no contestada a demanda. (archivo 10AutoFijaFechaAudiencia.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el primero (1) de junio de 2023 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS el 30 de octubre de 1997, condeno a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por la demandante, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexado, ordenar a COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectuó COLFONDOS, para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiera trasladado del RPM y actualice historia laboral, absolver a las demandadas de las demás pretensiones, declaro no probadas la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, así como de las demás excepciones, condeno en costas a las demandadas. (30ActAudiencia01junio2023.pdf)

De los recursos 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:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque, argumentó que; el traslado de la demandante se dio de manera libre y voluntaria, que para la fecha del traslado la ley no obligaba documentar la asesoría otorgada la cual se dio en su momento, encontrando incluso que la demandante estuvo afiliada por más de 20 años, que se absuelva de los descuentos realizados por gastos en comisiones, seguros previsionales y demás, ya que los mismos son autorizados por la ley, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandante, cuando durante su vinculación estuvo protegida por las contingencia de invalidez y sobrevivencia.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, y en su lugar se absuelva a la entidad de todas las pretensiones incoadas, manifestó que; la carga de la prueba no fue demostrada por la parte demandante, que para el momento del traslado no se encontraba en

la ley la obligación de documentar la asesoría, máxime cuando no se demostró vicio del consentimiento alguno, por lo que, nadie está obligado a demostrar lo imposible.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente las partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si Colfondos S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 4 de mayo de 2020 y su respuesta el 21 de mayo del mismo año, donde le fue negado el traslado al RPMPD. (archivo 03AnexosDemanda.pdf, fls. 112 - 120)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza

de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de

punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el trece (13) de septiembre de 1963 (archivo 03AnexosDemanda.pdf, fls. 68 - 69), ii) cotizó al RPM 59 semanas (archivo 03AnexosDemanda.pdf, fl. 99), iii) que el treinta (30) de octubre de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de diciembre de 1997 (archivo 03AnexosDemanda.pdf, fl. 78) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.206 semanas (archivo 03AnexosDemanda.pdf, fl. 99).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Colfondos S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Norma Alejandra Rios Giovanzani asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano,

con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

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

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas

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

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

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

(...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de

información cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el treinta (30) de octubre de 1997 con efectividad el 1 de diciembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el primero (1) de junio de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **NORMA ALEJANDRA RIOS GIOVANZANI** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.300.000.00 pesos,

en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

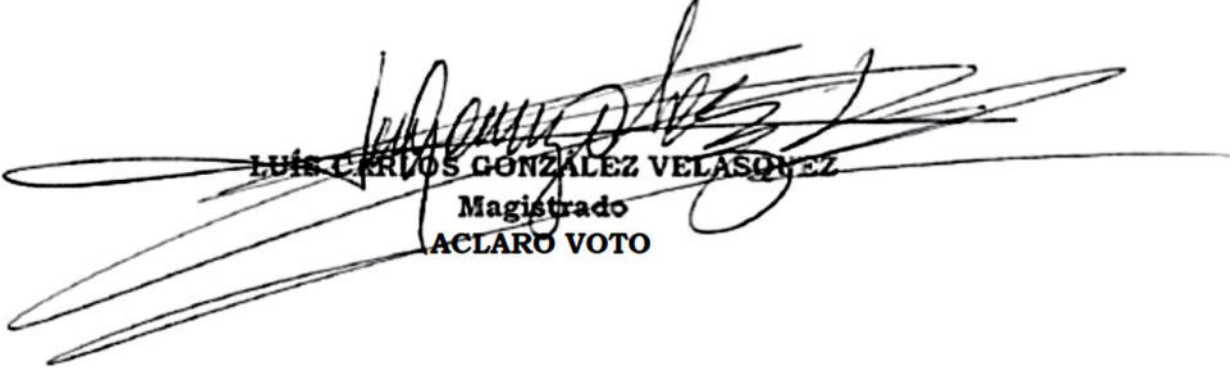
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

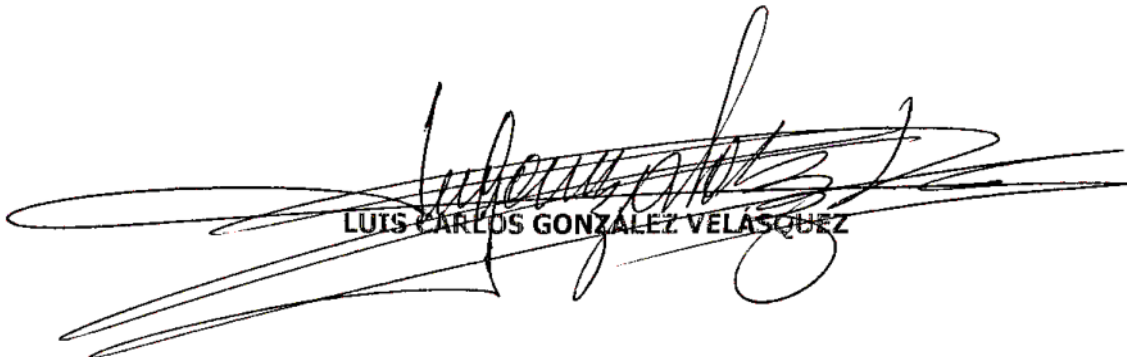
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 14 2020 00214 02 DE NORMA
ALEJANDRA RIOS GIOVANZANI CONTRA COLPENSIONES Y COLFONDOS
S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó RIOS GIOVANZANI al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105011202000278-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida, el 30 de mayo de 2023, en cumplimiento de los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 y CSJBTA23-15 del 22 de marzo de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FABIOLA RICO CONTRERAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

FABIOLA RICO CONTRERAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, efectuado el 19 de septiembre de 1994, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., toda vez que, en la etapa precontractual no le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, especialmente respecto a su situación personal y concreta; que, se declare la ineficacia de sus posteriores afiliaciones a la AFP PORVENIR S.A., de fecha 16 de marzo de 1998 y nuevamente a HORIZONTE S.A., el 08 de noviembre de 2000; que, en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES, tenerla como su

afiliada, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, con la devolución de la totalidad de los aportes realizados y rendimientos financieros, actualizando su historia laboral, al igual que el bono pensional a que haya lugar; que, se condene a las demandadas, al pago de las costas y agencias en derecho, y que, se conceda lo extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 14 de julio de 1962; que, estuvo afiliada al RPM a través de CAJANAL, por sus servicios prestados a la Rama Judicial, entre 1991 a 1993; que, el 19 de septiembre de 1994, se trasladó al RAIS, suscribiendo afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A.; que, posteriormente, el 16 de marzo de 1998, se cambió a la AFP PORVENIR S.A. y el 08 de noviembre de 2000, regresó nuevamente a HORIZONTE S.A., habiendo cotizado entre el 21 de enero de 1991 y el 14 de julio de 2019, un total de 1.355 semanas, equivalentes a 26 años, 04 meses y 03 días.

Indicó que, ni durante su traslado inicial, ni cuando se cambió de Administradoras de pensiones, los asesores comerciales le brindaron información clara, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, no se le hizo un estudio de su situación particular, ni se le ilustró acerca de las consecuencias de dicha decisión.

Refirió que, la AFP PORVENIR S.A., le realizó una simulación del valor de su mesada pensional, concluyendo que, bajo la modalidad de retiro programado, cotizando un 100%, a los 57 años de edad le correspondería la suma de \$2.518.200, mientras que, en COLPENSIONES, tomando en cuenta lo cotizado durante los últimos 10 años, aplicando una tasa de reemplazo del 58.91%, la misma correspondería aproximadamente a \$8.009.841,94; que, el 19 de diciembre de 2019, agotó la reclamación administrativa, la cual contestó COLPENSIONES, el 20 de diciembre de 2019 (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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 presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 05).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del

CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, 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 y la innominada o genérica (Archivo 06).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de mayo de 2023, el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, le ordenó a la AFP PORVENIR SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en esa AFP; aclaró que al momento de cumplirse la sentencia, los conceptos deben ser discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, concediéndole un plazo de 30 días a PORVENIR SA, contados a partir de la ejecutoria del fallo, para que ponga a disposición de COLPENSIONES las sumas ordenadas.

Igualmente, la *a quo*, condenó a COLPENSIONES a recibir los valores provenientes del RAIS y a mantener la afiliación de FABIOLA RICO CONTRERAS, como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó a la AFP PORVENIR S.A., al pago de las costas procesales.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La **AFP PORVENIR S.A.**, señaló que, no hay razón alguna para que se condene a esa Administradora, a realizar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al Fondo de Pensión de Garantía Mínima, debidamente indexados, pues, tales valores no hacen parte de los recursos con los que se financiará una posible pensión a favor de la demandante, sino que, se trata de dineros que la Ley 100 de 1993, fijó como una cuota de administración, que se materializa en la buena gestión que ha hecho esa AFP, con los aportes de la actora, y que se evidencia en los rendimientos generados durante su afiliación al RAIS; que, el traslado de dichos rendimientos, generaría un enriquecimiento sin causa para

COLPENSIONES, por recibir unos recursos, sobre los cuales no ha ejercido ninguna administración durante más de 27 años; que, no procede la indexación ordenada, pues, las condenas impuestas, ya se encuentran actualizadas monetariamente, con los rendimientos y acceder a su reajuste implicaría una doble condena.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, solicitó revocar las condenas impuestas en su contra, comoquiera que, de permitir el traslado de la demandante y aceptarla en el RPM, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, ya que, las cotizaciones entre uno y otro régimen son diferentes y al trasladar los aportes realizados en el RAIS, los rendimientos financieros no sería los mismos, afectando con ello los intereses de COLPENSIONES y a sus afiliados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **AFP PORVENIR S.A.**, insistió en que el traslado de la demandante, se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, como se desprende del formulario de afiliación, sin que pueda pretender el Juzgador de Instancia, que la AFP, deba asumir toda la responsabilidad de ilustrar al afiliado, acerca de las características, condiciones, efectos, riesgos y consecuencias de cada régimen pensional, pues, bien pudo la demandante, haber indagado por su cuenta, sobre las implicaciones de su decisión; que, no es aceptable que, la actora, se preocupe por su futuro pensional, luego de haber permanecido la mayor parte del tiempo en el RAIS; que, no procede la orden de devolución indexada de los gastos de administración y primas de seguros previsionales, pues, tales rubros, gozan de una destinación específica por mandato legal, a la cual dio cumplimiento esa Administradora, garantizando la rentabilidad de las sumas consignadas en la cuenta individual de la accionante.

La **demandante**, por su parte, pidió confirmar la sentencia de Primera Instancia, pues, la AFP PORVENIR S.A., no allegó al proceso ningún elemento probatorio que demuestre la calidad de la información brindada al momento de su traslado de régimen pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional del consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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 la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP HORIZONTE S.A.; *iii)* si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; *iv)* si la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; y, *v)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de retornar al RPM.

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).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, 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: *i)* que, la demandante nació el 12 de julio de 1962; *ii)* que, estuvo afiliada al RPM, cotizando a través de CAJANAL, por sus servicios prestados a la Rama Judicial, entre el 21 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1993; *iii)* que, el 19 de septiembre de 1994, se trasladó al RAIS, cuando se afilió a la AFP HORIZONTE S.A.; *iv)* que, el 16 de marzo de 1998, se cambió a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y el 08 de noviembre de 2000, regresó nuevamente a HORIZONTE S.A.; y, *v)* que, a la presentación de la demanda, se encontraba vinculada a PORVENIR S.A., habiendo cotizado 1.448 semanas en toda su vida laboral; lo que se encuentra acreditado con la documental obrante en los archivos 01, 05, 07 del expediente digital y con el interrogatorio de parte, absuelto por la demandante.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, al momento de su traslado inicial, 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 FABIOLA RICO CONTRERAS, 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.

También debe la Sala, aclarar que, el cambio de Administradoras de Fondos de Pensiones, realizados por la demandante, a la AFP PORVENIR S.A. y nuevamente a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., no convalidó el traslado inicial efectuado a ésta última, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, es preciso advertir que, éste resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad de la demandante, de retornar al RPM, con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado de la actora 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, más aún cuando, como en el presente caso, la afiliada, insistió en que nunca había suscrito el formulario de traslado de régimen pensional.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las

demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

Respecto a la indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, que se ordena devolver como consecuencia de la

ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente la *a quo*, impuso esta orden, únicamente sobre los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante, el 19 de septiembre de 1994, con efectividad a partir de la misma fecha, se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, al igual que, su posterior cambio a PORVENIR S.A., el 16 de marzo de 1998 y su regreso a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., el 08 de noviembre de 2000, cambios que, como ya se indicó, no validaron el traslado inicial.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por haberles sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia 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 30 de mayo de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **FABIOLA RICO CONTRERAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

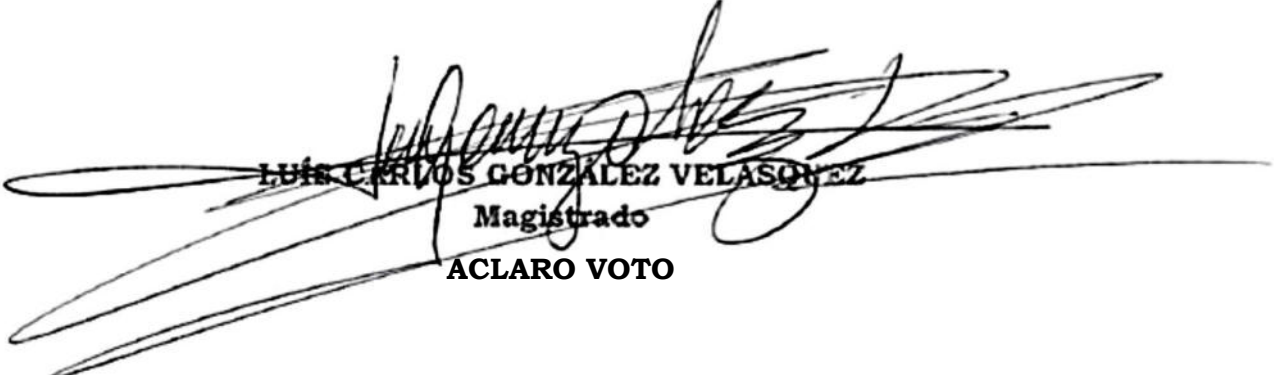
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.00, a cargo de cada recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

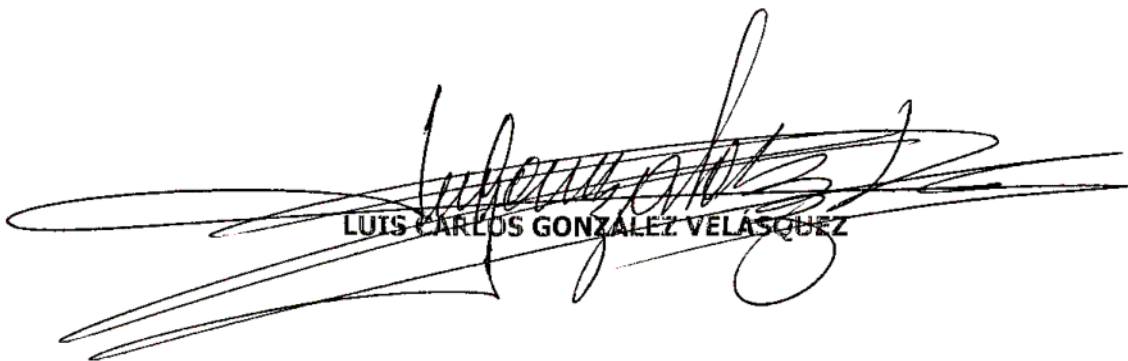
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 011 2020 00278 01 DE FABIOLA RICO CONTRERAS CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante RICO CONTRERAS al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105021202200287-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta y Uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Colfondos S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el dieciséis (16) de mayo de 2023 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ADRIANA MARCELA HERNÁNDEZ PINEDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

ADRIANA MARCELA HERNÁNDEZ PINEDA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS en el mes de febrero de 1995 a través de COLFONDOS S.A. por existir falta de información, en consecuencia, se declare la ineficacia del traslado de afiliación en noviembre de 2016 con la demandada PROTECCIÓN S.A. por falta de información, ordenar a PROTECCIÓN S.A. retornar a la demandante junto con todos los valores que hubiera recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración pagados al RPM administrado por COLPENSIONES, ordene a COLPENSIONES recibir en el RPM a la demandante y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, a lo extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que la demandante nació el 25 de marzo de 1971, que desde el 20 de febrero de 1990 hasta el 28 de febrero de 1995 la demandante estuvo afiliada al ISS, que el 28 de febrero de 1995 acumulo 71.71 semanas, para el mes de febrero de 1995 los asesores de COLFONDOS se presentaron en el lugar de trabajo y sin otorgar la información de manera completa y suficiente, fue persuadida a realizar el traslado del RPM al RAIS, que AFP PROTECCIÓN en el año 2016 tampoco dieron la información necesaria, que el 23 de mayo de 2022 se radico derecho de petición a PROTECCIÓN para que se declare la ineficacia, que el 9 de junio de ese mismo año se da respuesta indicando que no es posible al encontrarse inmersa en una prohibición legal, que lo mismo se solicitó a COLFONDOS el 20 de mayo de 2022 y se negó lo peticionado el 6 de junio de 2022, por ultimo ante COLPENSIONES se reclamó el 20 de mayo de 2022, recibiendo respuesta el 3 de junio de 2022 de forma negativa. (archivo 01DemandaAnexos.pdf)

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Colfondos S.A. y Protección 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 **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo que denomino; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual

con solidaridad, ratificación e la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 05ContestacionDemandaColfondos.pdf).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento d restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, innominada o genérica. (archivo 07ContestacionProteccion.pdf).

Por último, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de; errónea e indebida aplicación el artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (archivo 06ContestacionColpensiones.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el dieciséis (16) de mayo de 2023 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 27 de febrero de 1995 con efectividad el 1 de marzo de la misma anualidad, por intermedio de COLFONDOS S.A., así como el traslado a PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, declarar como afiliación válida al RPM administrado por COLPENSIONES, condeno a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la decisión, la totalidad de los dineros descontados de los aportes realizados por la demandante, por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexado, con cargo a sus propios recursos y utilidades, condenar a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante –aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos

generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados, desde el traslado horizontal y hasta que se efectuó su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro de la demandante, para ello se concede el término de un mes siguiente a la ejecución de esta providencia, al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, condeno a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, declarar no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, condeno en costas a las demandadas.

De los recursos 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 **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral, argumentó que: Los asesores vinculados a la entidad al momento del traslado de régimen de la demandante lo hizo de forma adecuada, se absuelva de la devolución de gastos de administración, seguros previsionales y lo remitido al fondo de pensión de garantía mínima, pues son las aseguradoras las llamadas a responder y con las cuales se contrató la póliza, máxime, cuando dichas deducciones autorizadas por la ley, para el cubrimiento de contingencias y garantizar los rendimientos financieros de los aportes, en dado caso se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas, manifestó que; dado que la demandante realizó el traslado de régimen de manera libre y voluntaria conforme a las solemnidades legales, respecto a la carga de la prueba al deber de información es desproporcionada colocar la carga en COLPENSIONES cuando la afiliación se dio para el año 1995 transcurrido más de 28 años fecha para la cual era imposible determinar todas las circunstancias específicas y tampoco era obligatorio dejar registro documental, deber que solo se materializó a través de la ley en el año 2014, contado exclusivamente con el consentimiento establecido en el formulario de afiliación, como es el caso de la demandante, máxime, cuando la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por último, de

manera subsidiaria se condicione el cumplimiento de COLPENSIONES una vez sean recibidos los dineros de los fondos privados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la demandada COLPENSIONES, resalto lo correspondiente a la prohibición legal, el que no se acredite vicios del consentimiento, respecto a la carga de la prueba, respecto al deber de información y sobre la descapitalización del sistema, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Colfondos S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 20 de mayo de 2022 en la que solicita la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y su respuesta el 3 de junio de 2022, donde le fue negado el traslado al RPMPD por encontrarse inmersa en una prohibición legal. (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fls. 69 al 77)

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación

consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber**

de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que

deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el veinticinco (25) de marzo de 1971 (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fl. 23), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 20 de febrero de 1990 al 31 de diciembre de 1995 un total de 71.71 semanas (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fl. 27), iii) que el veintisiete (27) de febrero de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de marzo de 1995 (archivo 05ContestacionDemandaColfondos.pdf, fl. 20). vi) que el veintinueve (29) de noviembre de 2016 se trasladó de A.F.P. Protección S.A. (archivo 07ContestacionProtección.pdf, fl. 35) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 841.43 semanas (archivo 07ContestacionProteccción.pdf, fl. 44).

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

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

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Colfondos S.A. y Protección S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora ADRIANA MARCELA HERNÁNDEZ PINEDA asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Tampoco es óbice para que se declare la ineficacia, que la demandante se encontrare o no en el régimen de transición para el momento en que solicito la ineficacia del traslado, lo cierto es que la misma jurisprudencia laboral ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren “...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...” (Sentencia CST SL1452 de 2019), tal como se indicó de forma antecedente.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral

y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

En cuanto a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

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

(...)

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

posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20

salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación

realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el veintisiete (27) de febrero de 1995 con efectividad el 1 de marzo de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el dieciséis (16) de mayo de 2023 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **ADRIANA MARCELA HERNÁNDEZ PINEDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.300.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 21 2022 00287 01 DE ADRINA
MARCELA HERNÁNDEZ PINEDA CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS
S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó HERNÁNDEZ PINEDA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105010202000298-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 05 de mayo de 2023, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA ELENA GONZÁLEZ NOVOA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

CLAUDIA ELENA GONZÁLEZ NOVOA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, realizada a través de la AFP PORVENIR S.A., por no existir la debida, suficiente y clara información respecto al mismo; que, se declare la nulidad del formulario de afiliación diligenciado el 09 de octubre de 2006; que, se ordene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los aportes pensionales que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, para que sean acreditados por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese cambiado de régimen pensional; que, se ordene a COLPENSIONES, a reactivar su afiliación al RPM; que, se conceda lo ultra y extra petita y se ordene a las demandadas, el pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se afilió al RPM, realizando aportes para pensión al ISS hoy COLPENSIONES, sin que, haya diligenciado, ni firmado, ningún formulario para trasladarse al RAIS; sin embargo, cuando se vinculó con la Compañía Asistente de Gestión Humana, allí le informaron que ellos realizarían todos los trámites para legalizar su vinculación laboral, sin haberle preguntado nunca a dónde haría sus aportes pensionales.

Advirtió que, apareció afiliada a la AFP PORVENIR S.A., sin haber recibido nunca asesoría al respecto, ni ser su voluntad el cambio de régimen pensional; que, les solicitó a las demandadas, la nulidad de su afiliación al RAIS, petición que le fue negada por éstas (Archivos 01 y 05).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP 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 presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las demás que resulten probadas en el proceso y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (Archivo 11).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, innominada o genérica y compensación (Archivo 12).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de mayo de 2023, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante CLAUDIA ELENA GONZÁLEZ NOVOA, a la AFP PORVENIR S.A., efectuada mediante la suscripción del formulario de fecha 09/10/2006, en consecuencia, declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenando su regreso automático sin solución de continuidad al RPM; le ordenó a COLPENSIONES, recibir y restablecer la afiliación de la demandante, sin solución de continuidad; condenó a PORVENIR S.A., a hacer la devolución a COLPENSIONES, de todas

las sumas y valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA ELENA GONZÁLEZ NOVOA, como cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., así mismo a realizar la devolución de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, que le hubiese descontado a la actora, durante su vinculación, debiendo entregar los documentos correspondientes que den cuenta de lo recibido por esa AFP, por cotizaciones, rendimientos intereses, bonos, y de igual manera la información de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima, y para verificar que la devolución se hace en los términos ordenados, le concedió a la AFP, el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

También, la *a quo*, condenó a COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia registrara en la historia laboral de la demandante, las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS una vez ingresen las sumas de dinero provenientes de la AFP PORVENIR S.A.; debiendo revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en la sentencia; declaró no probadas las excepciones propuestas por las accionadas, condenándolas al pago de las costas procesales.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La **AFP PORVENIR S.A.**, señaló que, si bien existe un precedente jurisprudencial, éste no se puede aplicar de manera homogénea, a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, por incumplimiento del deber de información, pues, debe existir una similitud en las condiciones de cada caso, lo que no se cumple en el presente asunto, pues, la actora, realizó válidamente su traslado de régimen pensional, de manera libre, voluntaria, sin presiones, de acuerdo con la normatividad vigente para el momento del traslado, en el año 2006, cuando no se exigía una información en los términos señalados en la demanda; que, con independencia de la información brindada en el acto de traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS, se encuentra descritas en la Ley 100 de 1993, de ahí que, en cualquier momento pudieron ser verificadas por la demandante, ya que, como cualquier consumidor financiero, ésta debió actuar con meridiania diligencia, por lo menos, respecto a la información del acto jurídico que se encontraba realizando; que, esa AFP, siempre ha actuado con buena fe objetiva, actuando conforme a los presupuestos legales para el traslado del régimen pensional; que, no es procedente la restitución de las sumas pagadas por primas de seguros previsionales, por haberse contratado a

las Aseguradoras, que cubrirían las contingencias de invalidez y muerte; que, según concepto de la Superintendencia Financiera, también es improcedente la devolución de gastos de administración, ya que, en virtud del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, en caso de traslado del RAIS al RPM, solo se devuelven los aportes y sus rendimientos; que, no puede ordenarse la indexación de las condenas impuestas, debido a que, con el pago de los rendimientos del capital, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda; que, desestimada la ineficacia del traslado y la devolución de valores, debe absolverse también a esa Administradora, del pago de las costas procesales.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, solicitó revocar las condenas impuestas en su contra, comoquiera que, debe existir una correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad debe ser un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del afiliado de pertenecer a un régimen u otro; que, la decisión apelada, atenta contra la estabilidad financiera y fiscal del Sistema Pensional, debido a que descapitalizaría el fondo común del RPM, al permitir que las personas que no han contribuido a éste, ni han sido tenidas en cuenta en la realización del cálculo actuarial, para determinar sus sumas que deberán emplearse en un futuro en el pago de sus mesadas pensionales y su reajuste periódico, se trasladen de régimen, poniendo en riesgo el derecho de los demás cotizantes. Dijo que debe hacerse una mayor valoración del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, el cual carece de naturalidad, ya que, afirmó que le fue falsificada su firma, sin embargo, no realizó ninguna acción penal tendiente a que se declarara judicialmente la misma; que, se debe revocar la condena en costas, ya que, COLPENSIONES, sólo está llamado a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la AFP, en su deber de información.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido **COLPENSIONES**, insistió en que debe revocarse la sentencia apelada, pues, la demandante, se encuentra incurso en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 13 de la Ley 100 de 1993; que, tampoco se acreditó un vicio en el consentimiento al momento de su traslado al RAIS, siendo carga probatoria de la actora, demostrar el engaño del que alega fue objeto al momento de su afiliación; que, la AFP, cumplió con el deber de información en los términos vigentes para el año 2006, sin que pueda imponérsele cargas adicionales a la suscripción del formulario de afiliación; que, avalar el retorno de la accionante, al RPM, contribuye a la descapitalización del Sistema pensional; de manera subsidiaria, solicitó que, en caso de confirmar el fallo apelado, se sujete el cumplimiento de la sentencia al traslado de la totalidad de las sumas de la cuenta de ahorro de individual de la actora y no se imponga condena en costas, pues, no participó en el acto que se presume ineficaz.

La **AFP PORVENIR S.A.**, insistió en que el traslado de la demandante, se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, como se desprende del formulario de afiliación, sin que pueda pretender el Juzgador de Instancia, que la AFP, deba asumir toda la responsabilidad de ilustrar al afiliado, acerca de las características, condiciones, efectos, riesgos y consecuencias de cada régimen pensional, pues, bien pudo la demandante, haber indagado por su cuenta, sobre las implicaciones de su decisión; que, no es aceptable que, la actora, se preocupe por su futuro pensional, luego de haber permanecido la mayor parte del tiempo en el RAIS; que, no procede la orden de devolución indexada de los gastos de administración y primas de seguros previsionales, pues, tales rubros, gozan de una destinación específica por mandato legal, a la cual dio cumplimiento esa Administradora, garantizando la rentabilidad de las sumas consignadas en la cuenta individual de la accionante.

La **demandante**, por su parte, pidió confirmar la sentencia de Primera Instancia, pues, quedó plenamente demostrado que, la AFP PORVENIR S.A., incumplió con sus obligaciones al deber de información financiera y comercial, eficiente, eficaz y oportuna respecto a las implicaciones de un traslado de régimen pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional del consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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 la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PORVENIR S.A.; *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; *iv)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de retornar al RPM; y, *v)* si resulta acertada la condena en costas impuesta a las demandadas.

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
--------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, 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: *i)* que, la demandante nació el 02 de agosto de 1964; *ii)* que, estuvo afiliada al RPM, cotizando a través del ISS hoy COLPENSIONES, entre el 08 de junio de 1990 y el 15 de abril de 1994 y del 01 al 30 de noviembre de 2006; *iii)* que, según solicitud de vinculación o traslado No. 02675281 de la AFP PORVENIR S.A., se trasladó al RAIS, el 09 de octubre de 2006 con fecha de efectividad desde el 01 de diciembre de 2006; y *iv)* que, a la presentación de la demanda, se encontraba vinculada a PORVENIR S.A., habiendo cotizado 998 semanas en toda su vida laboral; lo que se encuentra acreditado con la documental obrante en los archivos 01, 12, 13 del expediente digital y con los interrogatorios de parte, absueltos por la demandante y la representante legal de PORVENIR S.A. (Archivo 19).

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que le haya proporcionado a la demandante, ningún tipo de información, comoquiera que, ésta desconoce totalmente la firma plasmada en el formulario de afiliación a esa Administradora, hecho que ratificó al absolver interrogatorio de parte, donde indicó que, al parecer, en el año 2006, cuando comenzó a trabajar con un nuevo empleador, pese a informar que se encontraba afiliada en pensiones al Seguro Social, luego de mucho tiempo, por una correspondencia que recibió, se enteró que desde entonces estaba vinculada con PORVENIR S.A., sin haber tenido contacto con ningún asesor, ni mucho menos tener conocimiento respecto de las implicaciones de dicho cambio para su futuro pensional; y, aunque, no se haya adelantado trámite alguno para acreditar la falsedad de dicho documento, tampoco en el curso del proceso logró esa Administradora, probar que le haya brindado a la actora, suficiente información en los términos previamente indicados, esto es, 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, a más de insistir ésta, en que no fue tramitado ni firmado por ella, es preciso advertir que, en todo caso, éste resulta insuficiente para efectos de acreditar

que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad de la demandante, de retornar al RPM, con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado de la actora 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, más aún cuando, como en el presente caso, la afiliada, insistió en que nunca había suscrito el formulario de traslado de régimen pensional.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

Respecto a la indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente la *a quo*, impuso esta orden, únicamente sobre los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información, no sólo porque la demandante, desconoció en su totalidad el formulario de afiliación y la firma manuscrita en el mismo, sino porque la AFP PORVENIR S.A., no probó, estando en la obligación de hacerlo, que durante su

afiliación a esa Administradora, le enseñó a ésta de manera completa las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, indudablemente la presunta afiliación realizada por la demandante, el 09 de octubre de 2006, con efectividad el 01 de diciembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional.

Ahora, en cuanto a la condena en costas, que piden las demandadas, sea revocada, comoquiera 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, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

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

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

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

Finalmente, en cuanto la adición del fallo apelado, que COLPENSIONES, solicitó en los alegatos de conclusión, para que se indique que esa Administradora, sólo puede cumplir con las órdenes impuestas por la *a quo*, una vez PORVENIR S.A., traslade la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora, con los demás emolumentos; considera la Sala, que tal solicitud no cumple con las exigencias fijadas en los artículos 285 y 287 del CGP, aplicables al procedimiento laboral, por remisión del artículo 145 del CPTSS; máxime cuando, claramente la Juez de Primer Grado, en su decisión, fijó un límite temporal, para que la AFP, haga la devolución de todos los dineros a nombre de la demandante, con la correlativa obligación de COLPENSIONES, de reajustar la historia laboral de la señora GONZÁLEZ NOVOA , una vez reciba los mismos.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por haberles sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia 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 2023, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CLAUDIA ELENA GONZÁLEZ NOVOA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

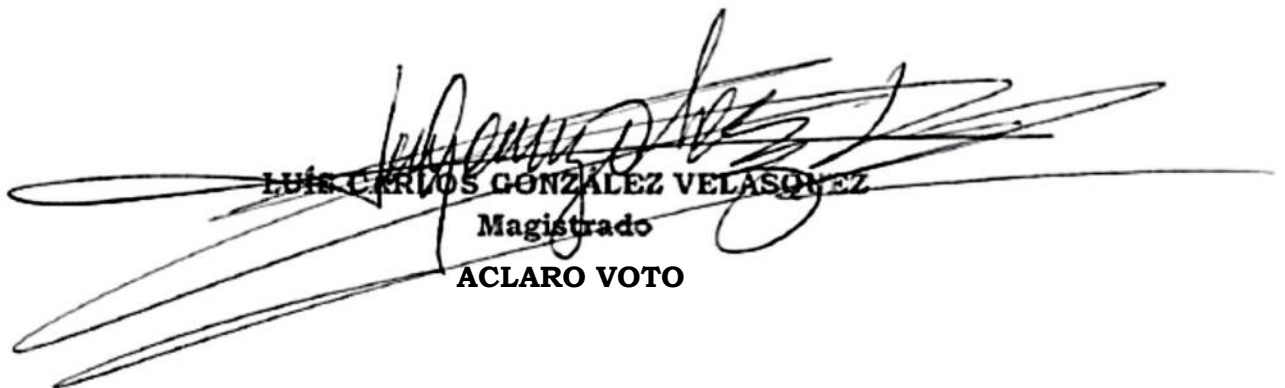
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.00, a cargo de cada recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

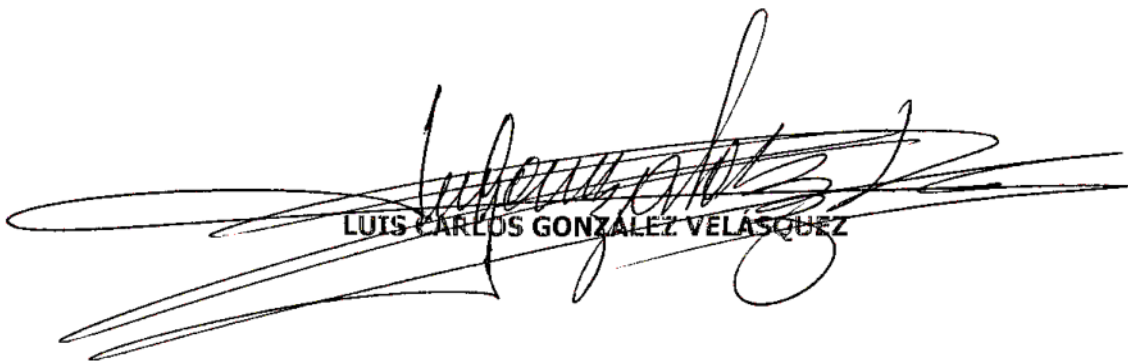
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 10 2020 00298 01 DE CLAUDIA ELENA GONZÁLEZ NOVOA CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante GONZÁLEZ NOVOA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105016202100348-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta y Uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el quince (15) de febrero de 2023 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **YEYNER CADENA MONCALEANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

YEYNER CADENA MONCALEANO, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**

Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare que PORVENIR incumplió con el deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen, declarar ineficacia de la afiliación al RAIS efectuado por el demandante a la AFP PORVENIR por faltar al deber de información, declarar que el demandante nunca se trasladó y que se encuentra válidamente afiliado al RAIS administrado por COLPENSIONES, en consecuencia, se condene PORVENIR a registrar en el sistema que la afiliación del demandante es ineficaz, a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante, a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos, bonos o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, a COLPENSIONES a recibir la totalidad del aporte, a las facultades extra y ultra petita, costas y agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que inicio sus aportes a pensión en el RPM, que realizo traslado al RAIS a través de PORVENIR el 9 de septiembre de 1995, al indicare por el asesor que el ISS se liquidaría, que se omitió asesorar en debida forma, que solicito el 3 de noviembre de 2020 a PORVENIR anular la afiliación y el 18 de noviembre de 2020 ante COLPENSIONES activar la afiliación. (archivo 01EscritoDemanda.pdf)

Contestación 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 **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 20ContestaciónPorvenir.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de fondo que denomino; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la

demanda, cobro de lo no debido, buena fe, genérica o innominada. (archivo 12VontestaciónColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el quince (15) de febrero de 2023 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado al RAIS del 9 de septiembre de 1995, con efectividad desde el 1 de octubre del mismo año, realizado por el demandante a través de PORVENIR S.A. en razón de omisión al deber de información, condeno a PORVENIR a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a COLPENSIONES, incluyendo valores por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere y en general todo valor que se haya recepcionado con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la parte demandante ante el RAIS, condeno a COLPENSIONES a recibir los recursos condenados en esta sentencia y provenientes de PORVENIR y a reactivar la afiliación del demandante en el RPM, declarar no probadas las excepciones propuestas, condeno en costas a la demandada PORVENIR. (archivo 44ActaAudienciaFallo.pdf)

Del recurso de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: pretende se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones, manifiesta que el demandante por voluntad propia se trasladó y que no tiene derecho a retornar por encontrarse bajo una prohibición legal, ya que cuenta con menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión, que ha estado afiliado al RAIS por más de 20 años, y que si bien, manifiesta en interrogatorio de parte una insuficiente asesoría, lo cierto es que la entidad no estaba obligada para la fecha del traslado realizar una doble asesoría, aunque se ordena la devolución de saldos y demás de la cuenta individual de ahorro del demandante, sin deducciones, ello no aminora el impacto económico en COLPENSIONES, afectando la sostenibilidad financiera, siendo la entidad un tercero de buena fe, al no haber participado en el traslado del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente para que las partes alegaran de conclusión, todos guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada y **ii)** si el encontrarse inmerso en una prohibición legal le impide acceder a la ineficacia del traslado de régimen pensional. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 10 de noviembre de 2020 en la que solicita la activación de la afiliación. (archivo 01EscritoDemanda.pdf, fls. 54 al 57)

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

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

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

13 de la norma en cita.

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

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

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

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

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

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

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

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

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a

	artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el veintidós (22) de junio de 1966 (archivo 01EscritoDemanda.pdf, fl. 35), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 11 de diciembre de 1987 al 30 de noviembre de

1995 un total de 240.86 semanas (archivo 01EscritoDemanda.pdf, fl. 35), iii) que el nueve (9) de septiembre de 1995 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 octubre de 1995 (archivo 20ContestaciónPorvenir.pdf, fl. 27) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.555 semanas (archivo 20ContestaciónPorvenir.pdf, fl. 34).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor YEYNER CADENA MONCALEANO asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante a la AFP Porvenir S.A. el nueve (9) de septiembre de 1995 con efectividad el 1 de octubre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el quince (15) de febrero de 2023 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del

proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **YEYNER CADENA MONCALEANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Colpensiones, teniendo a cargo la suma de \$1.300.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultados del proceso.

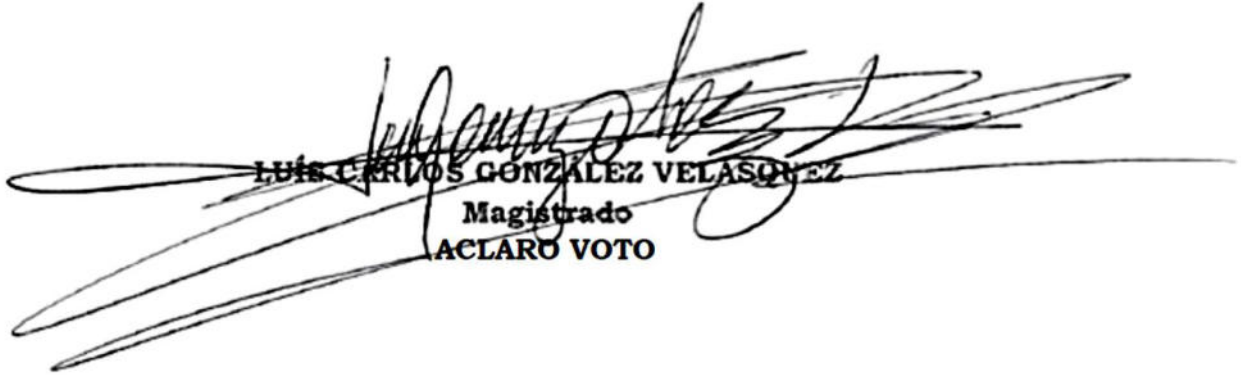
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 16 2021 00348 01 DE YEINER
CADENA MONCALEANO CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó CDENA MONCAELANO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105012202100385-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el catorce (14) de febrero de 2023 por el Juzgado doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **AMANDA LUCÍA AREVALO MÉNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Amanda Lucía Arevalo Méndez, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad del traslado y afiliación del RPM administrado por COLPENSIONES el 1 de enero de 2015 fecha en la que quedó vigente el traslado al RAIS administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR, por vicios del consentimiento, en consecuencia, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, a devolver sumas percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexadas, ordenar a COLPENSIONES recibir a la demandante sin solución de continuidad, aplicación de las facultades ultra y extra petita, se indemnice por el engaño, costas y agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 25 de noviembre de 1963, que se vinculó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 22 de noviembre de 1985 hasta el 12 de diciembre de 1994, que diligencio formulario de afiliación el 12 de diciembre de 1994 quedando vigente el traslado el 1 de enero de 1995 con Horizonte hoy Porvenir, sin que se diera información completa y suficiente, que el 30 de junio de 2021 COLPENSIONES da respuesta a solicitud, en la que indica que se encuentra a 10 años o menos para pensionarse, siendo imposible realizar el traslado.

Contestación 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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de fondo que denomino; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de obligación, buena fe, innominada o genérica. (archivo 08ContestacionPorvenir.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, en su defensa propuso las excepciones de; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (archivo 09ContestacionColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el catorce (14) de febrero de 2023 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual administrado por AFP INVERTIR hoy PORVENIR S.A. el 12 de diciembre de 1994, declaro válidamente vinculada a la demandante al RPM, condeno a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a financiación de pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, debidamente indexados, condeno a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y una vez ingresen actualizar la historia laboral, declarar no probadas las excepciones propuestas, condenar en costas a las demandadas. (archivo 16ActaAudienciaConcedeRecurso.pdf)

De los recursos de apelación

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral, argumentó que; se realizó de forma libre, voluntaria y consiente el traslado con la AFP INVERTIR hoy PORVENIR tal como se desprende del formulario de afiliación, administradora que cumplió con lo establecido por la ley para el momento del traslado, ya que, el formulario fue un requisito establecido por la ley, deben también estudiarse lo correspondiente a las restituciones mutuas, máxime, cuando la entidad administro el capital de la demandante generando unos rendimientos, sin que entonces concorra la obligación de devolución de sumas descontadas para tal concepto, tampoco procede la indexación siendo compensado con los rendimientos.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; existe una correspondencia entre voluntad y acción, que la afiliada se encuentra dentro de una prohibición legal atentando con la sostenibilidad del sistema, incurriendo en una descapitalización porque el afiliado nunca estuvo vinculado al régimen, lo

que desfinancia el sistema y pone en riesgo el derecho pensional, además, la entidad siempre actuó de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente PORVENIR reitero su solicitud de revocatoria de la sentencia, por su parte COLPENSIONES expuso como fundamentos jurídicos y jurisprudenciales; el artículo 2 de la Ley 797 de 2001, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 3800 de 2001 art. 3, inciso 4 artículo 36 de la Ley 100 de 1993/Sentencia C 789 de 2002 y artículo 3 del Decreto 3800 de 2001, sentencia C-1024 de 2004 y sentencia STC8762-2017 M.P. Álvaro Fernando García radicación No. 76001-22-03-000-2017-00209-01.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas descontadas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 30 de junio de 2021 y su respuesta en la misma fecha, donde le fue negado el traslado al RPMPD o la nulidad del traslado de

régimen al RAIS. (archivo 04SubsanacionDemanda.pdf, fls. 11 a 14)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el veinticinco (25) de noviembre de 1963 (archivo 04SubsanacionDemanda.pdf, fl. 21), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 29 de marzo de 1988 al 11 de diciembre de 1994 un total de 286.71 semanas (archivo 04SubsanacionDemanda.pdf, fl. 5), iii) que el doce (12) de diciembre de 1994 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 enero de 1995 (04SubsanacionDemanda.pdf, fl. 70) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.605 semanas (04SubsanacionDemanda.pdf, fl. 32).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A.

estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Amanda Lucía Arevalo Méndez asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

En cuanto a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara

Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

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

(...)

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

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

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

de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes,**

frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

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

Ahora en relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo aunque esta no haya sido solicitada en la demanda, pues, su imposición no comporta una condena adicional, como se advirtió en sentencia SL359 de 2021; no obstante, dada la forma generalizada en que se impartió dicha orden, habrá de aclararse el ordinal tercero de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 SEP. 2008, rad. 31981, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el doce (12) de diciembre de 1994 con efectividad el 1 de enero de 1995 se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el catorce (14) de febrero de 2023 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **AMANDA LUCÍA AREVALO MÉNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por el juez de primera instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

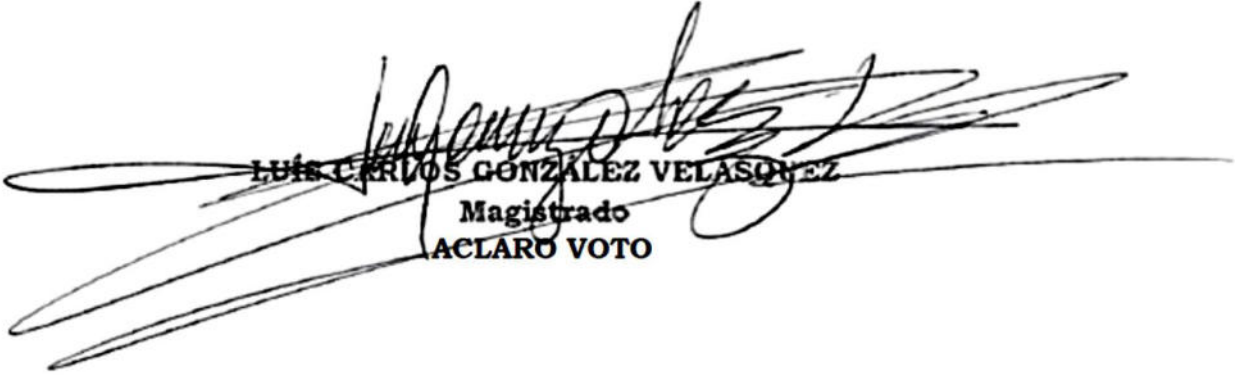
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

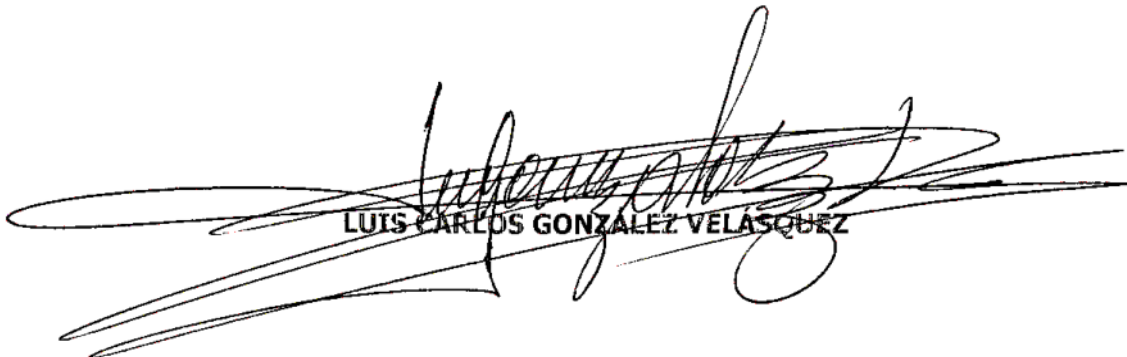
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 12 2021 00385 01 DE AMANDA LUCÍA
ARÉVALO MÉNDEZ CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó ARÉVALO MÉNDEZ al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030202100396-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta y Uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el ocho (8) de junio de 2023 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GONZALO JIMÉNEZ BAUTISTA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Gonzalo Jiménez Bautista, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la ineficacia del traslado efectuada por el demandante el 6 de julio de 1994 con COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., en consecuencia, se retrotraigan todas las cosas a su estado anterior, se ordene a COLPENSIONES tener al demandante como afiliado y actualizar la historia laboral, se condene a POVENIR S.A. trasladar los aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, bono pensional, cuotas de administración a COLPENSIONES, costas y agencias en derecho, a lo extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 19 de noviembre de 1979, que se trasladó del RPM al RAIS a través de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 6 de julio de 1994, que al momento del traslado el asesor no brindó la información, necesaria, suficiente y cierta, que nació el 5 de julio 1961, que agotó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 2 de junio de 2021 en donde se solicitó la nulidad del traslado efectuado al RAIS, a lo cual no se ha pronunciado COLPENSIONES. (archivo 02DemandaAnexos.pdf)

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones perentorias que denominó; aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, innominada o genérica. (archivo 06ContestacionColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el ocho (8) de junio de 2023 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el demandante del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS por COLPATRIA hoy PORVENIR a partir del 1 de agosto de 1994, declaró válidamente vinculado al demandante al RPM administrado por COLPENSIONES, condenó a PORVENIR a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración incluyendo los valores destinados a la adquisición de seguros previsionales y aquellos destinados al fondo de pensión de garantía mínima, por el lapso en el que permaneció en el RAIS, debidamente

indexados, ordeno a COLPENSIONES a que reciba los valores de la cuenta individual, actualice su historia laboral, declaro no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, condeno en costas a PORVENIR y sin costas para COLPENSIONES, indico a PORVENIR en caso de tener conocimiento de deducciones efectuadas por impuestos con ocasión a los aportes voluntarios, colocando en conocimiento de la DIAN.

De los recursos de apelación

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se absuelva Porvenir S.A., argumentó que; si bien existe un precedente jurisprudencial, el mismo no puede aplicarse de forma general a todos los casos, ya que no se dan las situaciones fácticas, ni jurídicas para que, se dé la ineficacia, máxime cuando el demandante realizaba aportes voluntarios, recibiendo beneficios tributarios, lo que evidencia que conocía las características del régimen.

De otro lado, frente a los rendimientos deben ser reconocidos como si hubieran estado en el RPM y no los generados en PORVENIR, que tampoco proceden los gastos de administración, seguros previsionales y demás, los cuales se invirtieron en favor del demandante a través de terceros, por expresa reglamentación de la ley, ni una indexación, ya que se incurriría en una doble condena, ya que los rendimientos compensarían, por último, no debe condenarse en costas, dado que la entidad actuó de forma diligente y de buena fe, en razón a que COLPATRIA para el año 1994 no contaba con las herramientas jurídicas para determinar que le convenía al demandante y por expresa regla normativa no se podía rechazar su solicitud de vinculación.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se modifique la sentencia, manifestó que; Colpatria hoy Porvenir debe responder por su actuar y ser condenada a tratar al demandante conforme a las reglas del RPM, siempre y cuando exista la demostración de la falta de información, la cual debe acreditarse a través de un vicio del consentimiento por parte del demandante, pues COLPENSIONES no tuvo incidencia en el traslado de régimen del demandante, siendo necesario proteger los recursos de la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la demandada COLPENSIONES reitera lo manifestado en el recurso de apelación y manifiesta que se imparte una justicia incompleta en estos casos condenando a COLPENSIONES, quien no tuvo influencia en el traslado del demandante, pues, la devolución de las deducciones de los aportes realizados en el RAIS no suple el hueco financiero.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, junto con la correspondiente indexación y **(iii)** si debe condenarse a la demandada PORVENIR a las costas y agencias en derecho. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 2 de junio de 2021 solicito la ineficacia del traslado efectuado con COLPATRIA hoy PORVENIR. (archivo 02DemandaAnexos.pdf, fl. 10).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de

información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las

disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el cinco (5) de julio de 1961 (archivo 02DemandaAnexos.pdf, fl. 17), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 19 de noviembre de 1979 al 01 de septiembre de 1992 un total de 545 semanas (archivo 02DemandaAnexos, fl. 17), iii) que el seis (6) de julio de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLPATRIA hoy Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de agosto de 1994 (archivo 07ContestacionPorvenir.pdf, fls. 26 y 51) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.988 semanas (archivo 07ContestacionPorvenir.pdf, 05 fl. 29).

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando COLPATRIA hoy Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al afiliado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Gonzalo Jiménez Bautista asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales, el hecho de que realizara aportes voluntarios y conociera alguna de las características del RAIS, no lo hace conocedor de todas y también de las del RPM. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin que tampoco pueda predicarse que sea el RAIS

bajo los postulados del RPM quién responda, dado que cada régimen tiene en su cabeza directrices que aplicar.

En cuanto a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

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

(...)

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que

cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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

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

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

Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

Ahora en relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo aunque esta no haya sido solicitada en la demanda, pues, su imposición no comporta una condena adicional, como se advirtió en sentencia SL359 de 2021.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación

realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el seis (6) de julio de 1994 con efectividad el 1 de agosto de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

De las costas procesales

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

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

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

(...)

- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
- 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...). (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)*

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

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

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

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

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia frente a la demandada PORVENIR, quienes se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que, no se revocará dicha condena, conforme se solicitó en los alegatos por la demandada.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el ocho (8) de junio de 2023 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **GONZALO JIMÉNEZ BAUTISTA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.300.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 12 2021 00385 01 DE AMANDA LUCÍA
ARÉVALO MÉNDEZ CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó ARÉVALO MÉNDEZ al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036202100398-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida, el 23 de mayo de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA EMILCE MEDINA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

MARTHA EMILCE MEDINA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS, ante la falta de asesoría oportuna por parte de la AFP PORVENIR S.A.; que, se declare que es beneficiaria del régimen de transición, con el beneficio otorgado en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 1296 de 1994 y el Decreto 348 de 1995; que, se declare válida su voluntad de retornar al RPM; que, se condene a PORVENIR S.A., a trasladar los dineros obrantes en su cuenta individual, con los respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados; que, se condene a COLPENSIONES, a recibirla nuevamente en el RPM, sin solución de continuidad, con los recursos provenientes del RAIS, necesarios para tramitar en ese régimen, la pensión de vejez; que, se ordene a PORVENIR S.A., tramitar su traslado de régimen y asumir las consecuencias económicas y legales por la falta de información,

diligencia y cuidado en la asesoría pensional; que, se conceda lo ultra y extra petita y se ordene el pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 07 de abril de 1957, por lo que, al 01 de abril de 1994, tenía 35 años de edad y a la presentación de la demanda, contaba con 64 años; que, estuvo cotizando activamente al Sistema General de Pensiones, entre abril de 1979 y marzo de 1983, a través del ISS, luego de diciembre de 1983 a noviembre de 1995, en la Caja de Previsión Social de Bogotá y de noviembre de 1995 a octubre de 2000, en el Seguro Social hoy Colpensiones.

Refirió que, desde noviembre de 2000, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., cuando un asesor de esa Administradora, llegó a la Entidad, donde trabajaba y les informó que el ISS y las Cajas de Previsión, desaparecerían, siendo más beneficioso pensionarse en el sector privado, para lo cual, debían firmar un formulario, con el que el asesor, podría consultar su historia laboral, sin informarle, ni tener en cuenta que era beneficiaria del régimen de transición y que para ese momento contaba con 1086 semanas cotizadas.

Indicó que, el promotor de HORIZONTE S.A., no le explicó de manera detallada y comprensible, las características de cada régimen pensional, incumpliendo con su deber de deber de información y buen consejo, tanto en la afiliación, como durante su vinculación con esa AFP, por lo que, nunca fue conocedora de los riesgos que traería esa decisión para su futuro pensional; que, nada se le comunicó respecto a la posibilidad de retornar al RPM, antes de que le faltaran 10 años o menos para adquirir la edad de pensión; que, su empleador, continuó cotizando al ISS, por lo que, el 08 de enero de 2009, le reclamó a PORVENIR, por su indebida afiliación, sin obtener respuesta alguna, hasta el 2018, cuando esa AFP, le comunicó que rechazaba su solicitud de retorno al RPM, por haberse resuelto a favor de esa Administradora, un conflicto de multivinculación, del cual nunca fue enterada.

Advirtió que, PORVENIR S.A., le manifestó que, a los 64 años de edad, le correspondería una mesada pensional de \$908.526, mientras que, en COLPENSIONES, por las particularidades en su condición de servidora pública a junio de 1995, el valor de la pensión sería superior; que, nuevamente en el año 2021, solicitó su traslado al RPM, pero, en esa oportunidad, le negaron su petición, por estar a menos de 10 años para pensionarse (Archivos 01 y 03).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y AFP 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 presentadas por la actora, ante cada Administradora.

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 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 SL373 de 2021 y la innominada o genérica (Archivo 07).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 09).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de mayo de 2023, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la INEFICACIA del traslado efectuado por MARTHA EMILCE MEDINA del RPM al RAIS, con efectividad del 01 de diciembre de 2000, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ordenándole a ésta, normalizar la afiliación de la actora, en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas, orden que cubra tanto al periodo de permanencia directamente con PORVENIR S.A como con HORIZONTE.

También, le ordenó la *a quo*, a COLPENSIONES, recibir e imputar, los aportes recibidos, a la historia laboral de la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La **AFP PORVENIR S.A.**, señaló que, no se debe aplicar el precedente judicial de manera objetiva, sino que, se deben analizar las circunstancias de cada caso

en concreto, de ahí que, no resulte factible ordenar la devolución de los gastos de administración, pues, conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM, se destina el 3% de las cotizaciones para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, conceptos que no forman parte de la pensión de vejez y, por ello, están sujetos a la prescripción; que, ya la Superintendencia Financiera, indicó de forma expresa en concepto de 2020, que cuando se presenta la ineficacia de un traslado de régimen pensional, las únicas sumas a retornar son las correspondientes a aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado, sin incluir otros conceptos, como la póliza de seguros previsionales, a cargo de una Aseguradora, que durante la afiliación de la demandante, cumplió con su deber de cubrir las contingencias por invalidez y muerte; que, no hay lugar a la indexación de las condenas impuestas, ya que, con el traslado de los rendimientos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, que pudo haberse generado respecto de los emolumentos a retornar.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, solicitó revocar las condenas impuestas en su contra, argumentando que, no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, en el presente caso, esto, por cuanto al momento del traslado de régimen pensional, no había una expectativa legítima pensional para la actora, quien contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez, razón por la cual, considera esa Administradora, que la demandante, debe someterse a los mandatos del RAIS, al cual se encuentra válidamente afiliada a través de PORVENIR S.A.; que, la simple manifestación de inconformidad respecto al valor de la mesada pensional en uno y otro régimen, no es prueba para demostrar que el traslado se produjo por un engaño o una equivocada información de la AFP; que, para el año en que la demandante, se cambió de régimen pensional, las Administradoras privadas, sólo tenían la obligación de brindar información general, en el acto del traslado; que, existió un desinterés o descuido de la actora, quien decidió cotizar en el RAIS, de manera libre y voluntaria, por más de 20 años.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **AFP PORVENIR S.A.**, indicó que, no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del CC, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, más aún cuando éste se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, como se desprende del formulario de afiliación, sin que pueda pretender el Juzgador de Instancia, que la AFP, deba asumir toda la responsabilidad de ilustrar al afiliado, acerca de las características, condiciones, efectos, riesgos y consecuencias de cada régimen pensional, pues, bien pudo la demandante, haber indagado por su cuenta, sobre las implicaciones de su decisión; que, no es aceptable que, la actora, se preocupe por su futuro pensional, luego de haber permanecido la mayor parte del tiempo en el RAIS; que, no procede la orden de devolución indexada de los

gastos de administración y primas de seguros previsionales, pues, tales rubros, gozan de una destinación específica por mandato legal, a la cual dio cumplimiento esa Administradora, garantizando la rentabilidad de las sumas consignadas en la cuenta individual de la accionante.

La demandante, por su parte, pidió confirmar la sentencia de Primera Instancia, pues, como se pudo probar dentro del material probatorio recaudado en el proceso es evidente la ausencia total de asesoría por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, toda vez que, para el día 27 de octubre de 2000, dicha administradora omitió cumplir con su deber legal de información.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional del consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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 la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP HORIZONTE S.A.; *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; y, *iv)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de retornar al RPM.

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información,</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los</i>

<i>asesoría y buen consejo</i>	<i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, 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: *i)* que, la demandante nació el 07 de abril de 1957; *ii)* que, estuvo afiliada al RPM, cotizando a través del Instituto de Seguro Social hoy COLPENSIONES, entre el 05 de abril de 1979 y el 31 de octubre de 2000; *iii)* que, el 27 de octubre de 2000, se trasladó al RAIS, cuando se afilió a la AFP HORIZONTE S.A.; y, *iv)* que, a la presentación de la demanda, se encontraba vinculada a PORVENIR S.A., habiendo cotizado 2.031 semanas en toda su vida laboral; lo que se encuentra acreditado con la documental obrante en los archivos 03, 09, 11 del expediente digital y con el interrogatorio de parte, absuelto por la demandante (archivo 17).

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, al momento de su traslado inicial, era suficiente en los términos previamente

indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARTHA EMILCE MEDINA, 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, es preciso advertir que, éste resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad de la demandante, de retornar al RPM, con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado de la actora 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

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

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

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

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

Ahora, en relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la actora, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado

por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; no obstante, dada la forma generalizada en que se impartió esta orden, habrá de aclararse el ordinal segundo de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; sin que, además, sea posible aplicar la figura de la compensación, pues, no se cumple con las exigencias de los artículos 1714, 1715 y 1716 del CC, para su declaración.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante, el 27 de octubre de 2000, con efectividad a partir del 01 de diciembre del mismo año, se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional.

En lo que tiene que ver con el fenómeno de la **prescripción**, los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en el ámbito del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social son los artículos 488 CST y 151 del CPTSS, en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo petitionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, tal como se indicó en la providencia SL1421-2019.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por haberles sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia 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: ACLARAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por la Juez de Primera Instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.00, a cargo de cada recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

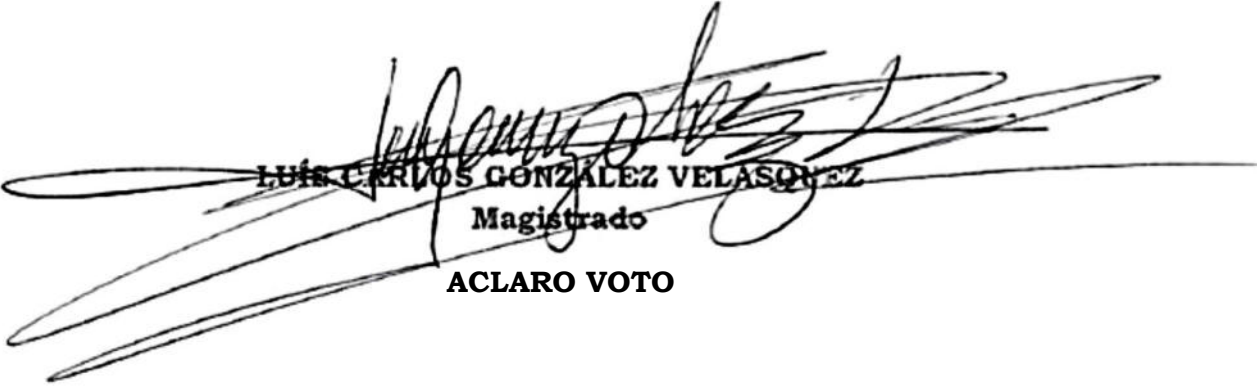
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

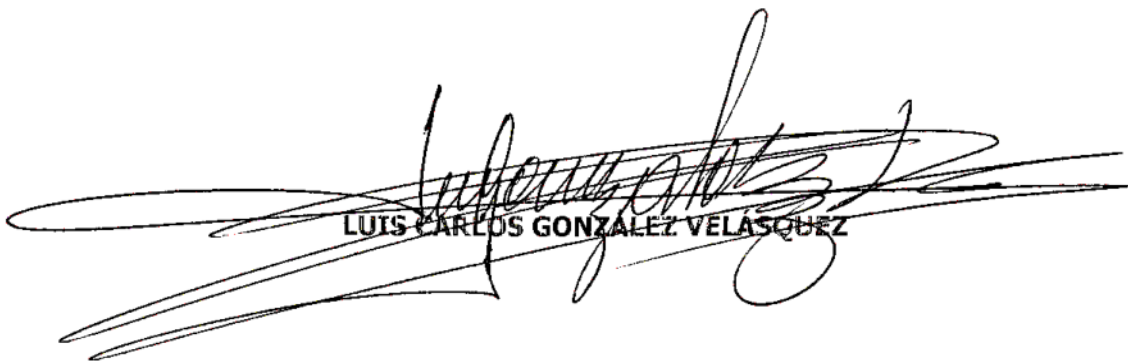
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 036 2021 00398 01 DE MARTHA EMILCE MEDINA CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante MARTHA EMILCE MEDINA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105001202100413-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pensión de Invalidez - Conteo de Semanas cotizadas como trabajadora independiente.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 05 de septiembre de 2023, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA LAUDICE ACOSTA DE BOADA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

MARÍA LAUDICE ACOSTA DE BOADA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se condene a esa Administradora a reconocer y pagar la pensión de invalidez, a partir del 04 de abril de 2019, junto con el retroactivo pensional, las mesadas ordinarias y adicionales, a que haya lugar; así como los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que, se conceda lo ultra y extra petita, además de las agencias en derecho y costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 06 de junio de 1956; que, cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en el RPM, desde el 30 de octubre de 1972 y hasta el 30 de junio de 2017, reuniendo 907,14 semanas en toda su vida laboral.

Refirió que, el 04 de agosto de 2018, la EPS, a la cual se encuentra afiliada emitió un concepto desfavorable de rehabilitación, por lo que, inició su proceso

de calificación de invalidez, que finalizó el 04 de abril de 2019, con un dictamen emitido por COLPENSIONES, en el que se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 56.81%, de origen común, estructurada el 03 de diciembre de 2018, por tumor maligno de colon parte no especificada e insuficiencia renal terminal, enfermedad de tipo degenerativa, progresiva, crónica y catastrófica; que, pese a la fecha de estructuración fijada por la demandada, en la historia Clínica de la Fundación Cardio Infantil, se advierte que desde el 18 de enero de 2018, presentó dolor abdominal y según biopsia del 26 de abril de 2018, se le detectó el tumor de colon.

Indicó que, el 14 de mayo de 2019, le solicitó a COLPENSIONES, el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero, ésta le fue negada a través de la resolución SUB 254416 del 17 de septiembre de 2019, confirmada por la resolución DPE11371 del 06 de octubre de 2019, porque no reunía los requisitos previstos en la Ley 860 de 2003.

Explicó que, en su historia laboral, el periodo comprendido del 01/03/2017 a 30/06/2017, reporta 0.0 semanas cotizadas, por lo que, habría un faltante de 17,16 semanas, que sí fueron válidamente canceladas, como se desprende de los recibos de pago, allegados con la demanda; además que, COLPENSIONES, nunca efectuó la devolución ni rechazó dichos pagos, que deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la prestación deprecada.

Informó que, el 04 de junio de 2020, presentó solicitud de corrección de historia laboral, para que se contabilizaran las cotizaciones de marzo a junio de 2017, con las cuales reuniría un total de 63.16 semanas, dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de su enfermedad, esto es, entre el 03 de diciembre de 2015 y el 03 de diciembre de 2018, suficientes para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez (Archivos 01 y 07).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y en cuanto a los hechos, aceptó la mayoría, salvo los relacionados con el número de semanas cotizadas, que dijo no ser cierto. En su defensa argumentó que, si bien la demandante, podría ser objeto del reconocimiento de la prestación por invalidez, ya que cumple con la condición de invalido al acreditar una pérdida de la capacidad laboral del 56,81%, al consultar su Historia Laboral se logró establecer que no acreditó el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años, anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez , esto es, del 03 de diciembre de 2015 al 03 de diciembre de 2018, pues, sólo cotizó 46 semanas, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de la prestación solicitada. Propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación y la innominada o genérica (Archivo 09).

Como hecho sobreviniente, dentro del curso del proceso se informó que, el 30 de julio de 2023, falleció la demandante (Archivo 16).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de septiembre de 2023, el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia del derecho a la pensión de invalidez, a favor de la demandante; declaró no probada la excepción de prescripción formulada por la demandada; le ordenó a COLPENSIONES, reconocer y pagar a MARÍA LAUDICE ACOSTA DE BOADA, la prestación de invalidez, en cuantía de 1 SMLMV, junto con el retroactivo pensional desde su reconocimiento y las mesadas ordinarias y adicionales causadas anualmente a partir del 03 de diciembre de 2018 fecha en la que se determinó la estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la actora, junto con los intereses moratorios, a partir del 14 de septiembre de 2019; autorizó a COLPENSIONES, a descontar del retroactivo pensional, los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, el *a quo*, precisó que, el pago de la condena impuesta se debería hacer, a los sucesores de la demandante, de acuerdo a lo establecido por un Juez de familia o en la sucesión notarial, y que, una vez se acredite tal condición ante COLPENSIONES, ésta debe proceder con el pago en los porcentajes asignados en la misma; condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, argumentando que, para reconocer la prestación reclamada por la actora, el *a quo*, aplicó unos valores pagados por la demandante, para el periodo marzo a junio de 2017, como trabajadora independiente, estando en mora, lo cual no es procedente; que, la enfermedad padecida por la señora María Acosta, era de tipo degenerativa progresiva, por lo que, las semanas cotizadas debían contabilizarse desde la fecha del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, es decir que, el requisito de semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores, debió ser “del 04 de abril de 2016 al 04 de abril de 2019”, lapso dentro del cual sólo tenía “22.2 semanas”, insuficientes para acceder a la pensión de invalidez, de ahí que, solicitó revocar la sentencia apelada y absolver a esa Administradora, de todas las pretensiones incoadas en su contra.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, COLPENSIONES, insistió en que no procede el reconocimiento de la pensión de invalidez, pues, aunque la demandante, tenía una pérdida de capacidad laboral del 56.81%, no acreditó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez; además que, tampoco es posible aplicar el principio de la condición más beneficiosa, ya que,

la enfermedad de la actora no se estructuró dentro del intervalo de tiempo del 29 de diciembre de 2003 al 29 de diciembre de 2006.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, la Sala deberá determinar la procedencia o no de la pensión de invalidez deprecada por la demandante.

DE LA CALIDAD DE AFILIADA DE LA DEMANDANTE A COLPENSIONES Y DE SU FALLECIMIENTO

No fue objeto de discusión que, la demandante se encontraba afiliada a COLPENSIONES, cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, desde el 30 de octubre de 1972 como trabajadora dependiente e independiente, cotizando a través del régimen subsidiado, hasta el 30 de junio de 2017 (Archivos 03 y 09).

Igualmente quedó acreditado en el proceso que, la señora MARIA LAUDICE ACOSTA DE BOADA, falleció el 30 de julio de 2023 (Archivo 16).

DEL NÚMERO DE SEMANAS COTIZADAS POR LA ACTORA COMO TRABAJADORA INDEPENDIENTE Y AFILIADA AL RÉGIMEN SUBSIDIADO DE PENSIONES

Afirma COLPENSIONES, en su recurso que, el Juez de Primera Instancia, para reconocer la pensión de invalidez a favor de la demandante, contabilizó las semanas correspondientes a los meses de marzo a junio de 2017, época para la cual la trabajadora, se encontraba afiliada como independiente, y estaba en mora, lo cual considera dicha Administradora, no es procedente.

Al respecto, revisada la documental obrante de folios 41 a 48 del archivo 03 y 54 a 57 del archivo 09 del expediente digital, se encuentran los comprobantes de pago de aportes al regimen subsidiado de pensión, correspondientes a los meses de marzo a junio de 2017, cancelados por la demandante, oportunamente y dentro de las vigencias señaladas en los mismos; de ahí que, no se encuentra demostrada la supuesta mora en el pago de aportes, que COLPENSIONES, alega en su recurso; ahora, de encontrarse probada la misma, tampoco podría desconocerse dicho periodo de cotizaciones, por el sólo de hecho de haber realizado la actora, su pago fuera del término, pues, como ya lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en

sentencia con radicado 26728 del 05 de diciembre de 2006, reiterada, entre otras, en la SL 5387 de 2021, el pago extemporáneo efectuado por el trabajador independiente, no hace nula o ineficaz la cotización, simplemente, *“si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”*.

Además, aunque en la historia laboral de la actora, los meses de marzo a junio de 2017, aparecen en cero y con la anotación *“No afiliado al Régimen Subsidiado”* (Archivos 03 y 09), tampoco se acreditó, por parte de la demandada, que, la señora ACOSTA DE BOADA, se encontrara incurso en alguna de las causales fijadas en el artículo 2.2.14.1.39 del Decreto 1833 de 2016, modificado por el 1 del Decreto 1340 de 2019, para perder el derecho al subsidio pensional; menos aún, se advierte que, COLPENSIONES, haya puesto en conocimiento de su afiliada, alguna irregularidad en el pago de sus aportes, ni menos aún que le informara acerca de la pérdida de dicho subsidio o que hiciera la devolución de los mismos, en los términos del artículo 2.2.14.1.27 del mismo Decreto 1833 de 2016. Por el contrario, se observa que todos los pagos fueron recibidos por esa Administradora, sin objeción alguna, razón por la cual sí deben ser contabilizados, dentro de las semanas requeridas para determinar si le asiste o no a la demandante el derecho a la pensión de invalidez deprecada.

DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

Insiste COLPENSIONES, en que la demandante, no tiene derecho a la pensión de invalidez, pues, no cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Al respecto, los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 disponen:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración...”

En el presente caso, no fue objeto de controversia que COLPENSIONES, calificó a la demandante, con una pérdida de capacidad laboral del 56.81%, de origen común, estructurada el 03 de diciembre de 2018, por los diagnósticos de *“TUMOR MALIGNO DEL COLON PARTE NO ESPECIFICADA”* e *“INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL”* (Archivos 01 y 09).

Ahora, en cuanto al requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, encuentra la Sala, que, entre el 03 de diciembre de 2015 y el 03 de diciembre de 2018, incluyendo los aportes realizados por la demandante, como trabajadora independiente, a través del régimen subsidiado de pensión, de marzo a junio de 2017, y que, COLPENSIONES, no tuvo en cuenta, sin justificación válida para ello, la señora MARÍA LAUCIDE ACOSTA DE BOADA, reúne un total de 64.31 semanas cotizadas, suficientes para acceder a la pensión de invalidez pretendida; sin que, resulte de recibo, el argumento expuesto por la demandada, en el recurso de apelación, de contabilizar las semanas, a partir de la fecha en que se emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral, por padecer la actora, una enfermedad de tipo degenerativa progresiva, pues, sin desconocer que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL1706 de 2023, aceptó tal posibilidad para aquellas personas en condiciones de especial protección, que padecen una enfermedad crónica, congénita o degenerativa en el tiempo, tal reconocimiento sólo procede previo análisis de la situación particular, siempre y cuando, quien se encuentra en dicha condición no cumpla con los requisitos legales para acceder a la prestación pensional, como cualquier trabajador; lo que, no sucede en el presente caso, donde, se reitera, la demandante, sí reúne las 50 semanas cotizadas, dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez.

Así las cosas, al cumplir la demandante, con los requisitos fijados en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el 1 de la Ley 860 de 2003, es por lo que, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES, 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 septiembre de 2023, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA LAUCIDE ACOSTA DE BOADA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a cargo de COLPENSIONES. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105022202000453-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 24 de mayo de 2023, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ABILIO HURTADO CETINA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, con la vinculación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y el **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

ABILIO HURTADO CETINA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la anulación por ineficacia de su traslado al RAIS, y de su afiliación a la AFP PORVENIR S.A.; que se ordene a COLPENSIONES, aceptar su traslado al RPM, de acuerdo con el principio de favorabilidad, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen; que, se declare que conserva el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES, todos los valores que recibió con motivo de su afiliación o traslado, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del CC, sin descontar ningún valor por mesadas pagadas, gastos de administración o

cualquier otro, debiendo asumir 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 CC.

También solicitó condenar a PORVENIR S.A., a seguir pagando la pensión de vejez, en caso de haber sido otorgada, hasta tanto sean trasladados todos los recursos a COLPENSIONES, para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados, con el propósito de que no quede desprotegido de su derecho pensional; que, se condene a COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la mora en el pago de las diferencias pensionales a partir de la primera mesada pensional y teniendo en cuenta la reclamación presentada al respecto y a futuro hasta que se verifique el pago de la pensión; que, se conceda lo ultra y extra petita y se condene a las demandadas, al pago de las costas procesales y agencias en derecho, por cualquier decisión desfavorable a éstas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 29 de noviembre de 1951, por lo que, al 01 de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad; además que, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 750 semanas cotizadas o su equivalente en años de servicio, conservando así el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que, estuvo afiliado al RPM, desde el 21 de enero de 1977, con ocasión a su vinculación con la Caja de Previsión Social de Boyacá; que, el 20 de junio de 1995, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a PORVENIR S.A., la cual se llevó a cabo a través de un promotor de esa Administradora, quien se limitó a diligenciar un formato preestablecido por la misma AFP, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, frente a las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado o cotizando para pensión y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen pensional.

Advirtió que, PORVENIR S.A., no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en uno y otro régimen; tampoco le informó cual tabla de mortalidad de rentistas se estaba utilizando para realizar la proyección de la pensión y que de variar la misma, el valor de la mesada pensional iba a cambiar; menos aún le indicó cuánto capital debía ahorrar para acceder a una pensión de salario mínimo, ni le explicó los requisitos que debía cumplir para optar por una pensión anticipada; que, nada se le insinuó en relación con su núcleo familiar y cómo éste podría incidir en el valor del derecho pensional.

Dijo que, PORVENIR S.A., no le comunicó la posibilidad que tenía de retractarse de esa afiliación; que, nunca le brindó una información objetiva y

verificable; que, de permanecer en el RAIS, el valor de su mesada pensional sería de \$1.425.976, mientras que, en el RPM, ascendería a \$3.577.439; que, les solicitó a las demandadas, la anulación de su afiliación a PORVENIR S.A., petición que fue negada por éstas (Archivos 01 y 04).

CONTESTACIÓN 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 presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del Sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, 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 y la innominada o genérica (Archivo 07).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, formuló 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).

Mediante auto del 07 de febrero de 2022, la Juez de Primer Grado, dispuso la vinculación al proceso del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A (Archivos 12 y 13).

El **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**, informó que el señor ABILIO HURTADO CETINA, laboró para ese Departamento, cotizando a la extinta Caja de Previsión Social, advirtiéndole que el antiguo Fondo Territorial de Boyacá, no realizó gestiones de asesoramiento o afiliación alguna con la finalidad que el demandante, cambiara de régimen pensional. Manifestó en su defensa la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva (Archivo 14).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, informó que, el actor, estuvo afiliado a esa Administradora, entre el 09 de agosto de 2001 y el 22 de noviembre de 2004, cuando firmó solicitud de traslado a HORIZONTE. Alegó 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la

nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes y la innominada o genérica (Archivos 18 y 20).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de mayo de 2023, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el señor ABILIO HURTADO CETINA, al RAISM el 20 de junio de 1995. En consecuencia, declaró que, para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó a dicho régimen y, por tanto, siempre permaneció en el RPM; le ordenó a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega.

También le ordenó la *a quo*, a la AFP PROTECCIÓN S.A., remitir a COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a esa Administradora, debidamente indexadas; declaró que, COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones; le ordenó a COLPENSIONES, recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del demandante; declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y no probadas las demás propuestas, condenando en costas a la AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, solicitó revocar en su integridad la sentencia, por estar el demandante, incurso en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, pudiendo adquirir este derecho en uno u otro régimen, pues, tal disposición no ha sido derogada por otra norma posterior, de ahí que se encuentra vigente y debe ser

aplicada; que, de acuerdo al precedente jurisprudencial, la falta al deber de información, es la razón necesaria y principal para declarar la ineficacia del traslado, situación que no se presentó en este proceso judicial, pues, el único argumento expuesto por el actor, es su descontento con el valor de su mesada pensional en el RAIS, resultando imposible que para el año 1995 se pudiese determinar cuál régimen pensional resultaría más beneficioso al demandante, advirtiéndole la AFP, que su pensión se capitalizaría por rendimientos financieros, como éste expuso ampliamente en el interrogatorio de parte.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, señaló que, el demandante, nunca estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, como quedó demostrado en el proceso, sino a la Caja de Previsión de Boyacá, desde 1977 hasta 1995, cuando realizó la vinculación a esa Administradora, por lo que, no es dable concluir que dicha Caja de Previsión territorial, haya hecho parte del RPM, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el artículo 151 de esa misma disposición; que, no estando afiliado al RPM, al momento de vincularse con PORVENIR, el demandante, no eligió entre los dos regímenes pensionales, sino que en el año 1995, suscribió una afiliación inicial, lo que conlleva a declarar la ineficacia de un traslado que no existió; que, de no aceptarse el anterior argumento, también debe tenerse en cuenta que, sin desconocer la existencia del deber de información, desde la misma creación de las Administradoras privadas, con la expedición de la Ley 100 de 1993, no obstante, ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo, que, con los años se ha hecho más exigente, de ahí que, para 1995, no se le podía exigir a PORVENIR S.A., brindar a sus potenciales afiliados una información en los términos reclamados en el escrito de demanda; que, el demandante, tenía un intereses en estar afiliado al RAIS, donde permaneció por más de 20 años, realizando traslados horizontales, por el régimen de capitalización y los rendimientos financieros que le iban a generar un mayor beneficio económico, como lo advirtió en el interrogatorio de parte; que, la inconformidad del demandante, respecto al valor de la mesada pensional es el RAIS, no es un factor suficiente para declarar la ineficacia de su traslado, alegando la falta al deber de información, cuando aceptó haber tenido asesorías y haber hecho traslados horizontales; que, en caso de confirmar la decisión de la *a quo*, debe revocarse la orden de devolución de los gastos de administración y cuotas de seguros previsionales, debidamente indexadas, decisión que resulta inequitativa, pues, despoja a esa Administradora, de unas sumas que ya fueron causadas por su correcta gestión, generando los rendimientos financieros que corresponden a un 66% de los recursos de la cuenta individual del accionante; además que, no fueron descontadas de manera caprichosa, sino por disposición legal y no están llamadas a financiar la pensión de vejez; que, las primas de seguros previsionales, ya no se encuentran en poder esa AFP, sino de la Aseguradora, contratada para cubrir los riesgos de invalidez y muerte; que, no procede la indexación de las condenas impuestas, ya que, con los rendimientos se compensa la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES, insistió en que debe revocarse la sentencia apelada, pues, el demandante, se encuentra incurso en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 13 de la Ley 100 de 1993; que, tampoco se acreditó un vicio en el consentimiento al momento de su traslado al RAIS, siendo carga probatoria del actor, demostrar el engaño del que alega fue objeto al momento de su afiliación; que, la AFP, cumplió con el deber de información en los términos vigentes para la fecha de su traslado, sin que pueda imponérsele cargas adicionales a la suscripción del formulario de afiliación; que, avalar el retorno del accionante, al RPM, contribuye a la descapitalización del Sistema pensional; de manera subsidiaria, solicitó que, en caso de confirmar el fallo apelado, se sujete el cumplimiento de la sentencia al traslado de la totalidad de las sumas de la cuenta de ahorro de individual del actor, y que, no se imponga condena en costas.

La AFP PORVENIR S.A., dijo que, el traslado efectuado por el demandante, del RPM al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, como consta en el formulario de afiliación suscrito por éste; que, no hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia en los términos ordenados, pues, el actor, nunca estuvo afiliado al RPM, antes de vincularse con esa Administradora; que, resulta absolutamente desproporcionado que la AFP no pueda tener derecho al reembolso de las sumas que generó por su gestión, sin detrimento de la situación final del afiliado ni de COLPENSIONES, que lo recibe en las mismas condiciones de haberlo tenido siempre como vinculado; que, la devolución de los gastos de administración y de lo pagado por concepto de prima del seguro previsional resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que lo es el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008; que, tampoco puede ordenarse la indexación de los gastos de administración, ya que, esto significaría un pago doble a COLPENSIONES.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional del consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia,

al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la vinculación del demandante, a la AFP PORVENIR S.A., se trató de una afiliación inicial o de un traslado de régimen pensional, comoquiera que, éste, antes del 20 de junio de 1995 cotizaba para pensión a través de la Caja de Previsión Social del Departamento de Boyacá; en caso establecerse que sí existió un traslado, se deberá determinar ii) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; iii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por la AFP PORVENIR S.A.; iv) si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; v) si la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; y, vi) si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM.

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.

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.

En cuanto a la afiliación del demandante, al Sistema General de Pensiones, alega la demandada PORVENIR S.A., que, su vinculación, con esa AFP, se trató de una afiliación inicial y no de un traslado, pues, la Caja de Previsión del Departamento de Boyacá, a la cual se encontraba este afiliado, no hacía parte del RPM, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Al respecto, basta traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4334 de 2021, que frente al tema indicó:

“...debe destacarse que las Leyes 6ª de 1945 y 90 de 1946 crearon la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal- y el Instituto de Seguros Sociales, respectivamente. La primera normativa propició además la creación de un centenar de cajas de previsión a nivel territorial en los distintos departamentos, intendencias y municipios del país que no tuvieran organizadas instituciones de ese tipo (artículo 23).

Ello ocasionó que el sistema pensional fuera difuso, diverso y desorganizado, aunado a la gobernanza de distintos regímenes pensionales en los sectores de

trabajo. En todo caso, las reglas pensionales, en términos generales, seguían el sistema de seguro social, característico de un esquema de prestación definida en proporción a la contribución del afiliado -prima media-, por lo que podía advertirse un sistema difuso administrado por el ISS y las diversas cajas o entes de previsión social.

La Ley 100 de 1993 pretendió unificar la administración del sistema y por ello dispuso que la cobertura progresiva de las contingencias de la seguridad social se administraría, por regla general, a través de dos regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad.

Ahora, si bien el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 consagró que la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida recaía en el ISS, lo cierto es que con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a las múltiples cajas, fondos o entidades de previsión, se les autorizó para continuar con la administración de dicho régimen «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley».

Nótese entonces que la ley reconoce expresamente que la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE administraba el régimen de prima media y por ello debe entenderse como una entidad administradora del sistema de pensiones, tal y como lo ha precisado la Sala en jurisprudencia que tiene el carácter de reiterada (CSJ SL11746-2014, CSJ SL11438-2016, CSJ SL4041-2017 y CSJ SL3191-2021). En la segunda decisión la Sala indicó:

(...) cabe aclarar que los trabajadores que continuaron inscritos en los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para el sub lite en el régimen de prima media de la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, por ser un hecho indiscutido que el actor se mantuvo durante la vigencia del vínculo laboral afiliado a dicha entidad, se tiene que Cajanal para efectos de la pensión sanción, debe considerarse una entidad administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En dicha perspectiva, es evidente que el Tribunal se equivocó al considerar que la accionante se había afiliado por primera vez al sistema de pensiones, pese a que de tiempo atrás estaba afiliada al régimen de prima media a través de Cajanal EICE...”

Además, sabido es que la afiliación al Sistema General de Pensiones, es una sola y no se pierde por haber dejado de cotizar unos periodos, como lo establece el artículo 13 del Decreto 692 de 1994 y lo aclaró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicado 33476 del 30 de septiembre de 2008, donde al respecto indicó que:

La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y la cotización es uno de los deberes que se origina en aquélla; mientras la primera brinda una pertenencia permanente al Sistema, lo preceptúa mediante una primera y única inscripción vitalicia, la cotización es una obligación eventual y periódica que surge sólo bajo determinados supuestos, el de que se esté desempeñando activamente en el mundo del trabajo; y en ningún caso la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se deje de causar cotizaciones o no se paguen éstas.

Igualmente, en la sentencia CSJ SL4575 de 2017, esa Corporación explicó que:

“... la afiliación al sistema general de pensiones es única y permanente, y aquellas personas que antes de la entrada en vigor del mismo, prestaban servicios en el sector público o eran afiliados al Instituto, se incorporaron al sistema en las condiciones de la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias, con todas las consecuencias que de ello se derivan, es decir, son sujetos de derechos y obligaciones frente a la seguridad social, pues no puede olvidarse que de conformidad con el artículo 48 superior se trata de un derecho fundamental irrenunciable y con vocación de universalidad.-

En ese orden de ideas, contrario a lo manifestado por la demandada PORVENIR S.A., para el 20 de junio de 1995, cuando el demandante, suscribió la solicitud de vinculación a esa AFP, sí se encontraba afiliado al RPM y tal acto constituyó un traslado de régimen pensional, del cual esa misma Administradora, dejó constancia en el formulario, donde se marcó con una “X” la casilla “*TRASLADO DE RÉGIMEN*” y se lee: “*ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR Caja de Previsión Boyacá Tunja*” (fl. 38 Archivo 10); por lo que, no es posible entonces aceptar los argumentos de esa accionada, en este sentido, debiendo la Sala continuar con lo que es objeto de apelación.

Ahora bien, 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).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, 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: *i)* que, el demandante nació el 29 de noviembre de 1951; *ii)* que, trabajó para el Departamento de Boyacá, entre el 21 de enero de 1977 y el 07 de octubre de 1994, cotizando a la Caja de Previsión Social de Boyacá, *iii)* que, el 20 de junio de 1995 se trasladó al RAIS, administrado por PORVENIR S.A.; *iv)* que, el 09 de agosto de 2001, se cambió a ING PENSIONES Y CESANTÍAS y el 22 de noviembre de 2004, se pasó a HORIZONTE S.A.; y *v)* que, a la presentación de la demanda, se encontraba vinculado a PORVENIR S.A., habiendo cotizado 1.569 semanas en toda su vida laboral; lo que se encuentra acreditado con la documental obrante en los archivos 01, 08, 10, 18 del expediente digital y con el interrogatorio de parte, absuelto por el demandante.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado al actor, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor ABILIO HURTADO CETINA, 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.

También debe la Sala, aclarar que, los cambios de Administradora de Fondos de Pensiones, realizados por el demandante, a ING, el 09 de agosto de 2001 y a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., el 22 de noviembre de 2004, no convalidaron el traslado inicial efectuado a PORVENIR S.A., como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen;*

ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”.

En relación con el formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En cuanto con la imposibilidad del demandante, de retornar al RPM, con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, sobre la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal

consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

*De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen***

pensional. Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

Respecto a la indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente la *a quo*, impuso esa orden, únicamente sobre los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 20 de junio de 1995, con efectividad ese mismo día y año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, al igual que, sus posteriores cambios a ING PENSIONES Y CESANTÍAS, el 09 de agosto de 2001 y a HORIZONTE S.A., el 22 de noviembre de 2007, los cuales, como ya se indicó, no validaron el traslado inicial.

En lo que tiene que ver con la adición del fallo apelado, solicitada por COLPENSIONES, para que se indique que esa Administradora, sólo puede cumplir con las órdenes impuestas por la *a quo*, una vez PORVENIR S.A., traslade la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, con los demás emolumentos; considera la Sala, que tal solicitud no cumple con las exigencias fijadas en los artículos 285 y 287 del CGP, aplicables al procedimiento laboral, por remisión del artículo 145 del CPTSS.

Finalmente, en relación con la condena en costas, que pide COLPENSIONES, sea revocada, comoquiera 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, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por ser los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

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

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que

las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”.

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por haberles sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia 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 24 de mayo de 2023, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ABILIO HURTADO CETINA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y los vinculados **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA 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 AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.00, a cargo de cada recurrente y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

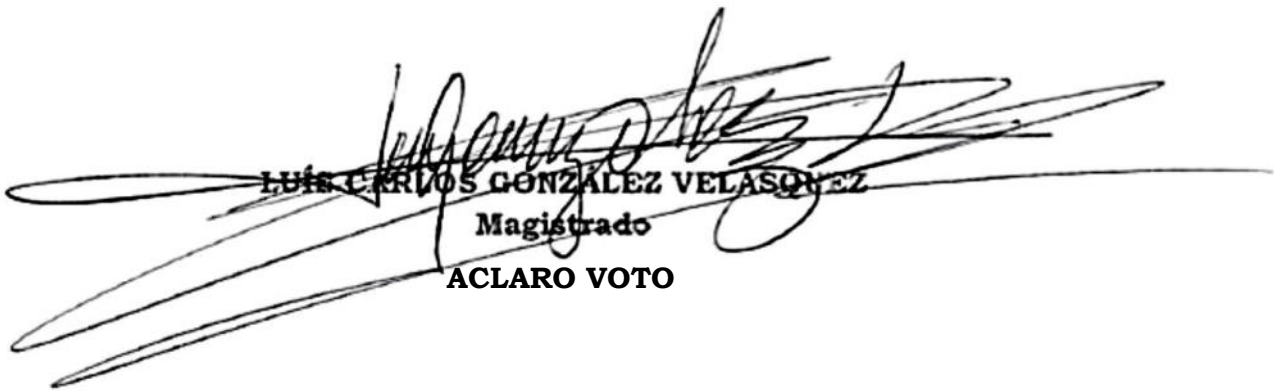
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASCO
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

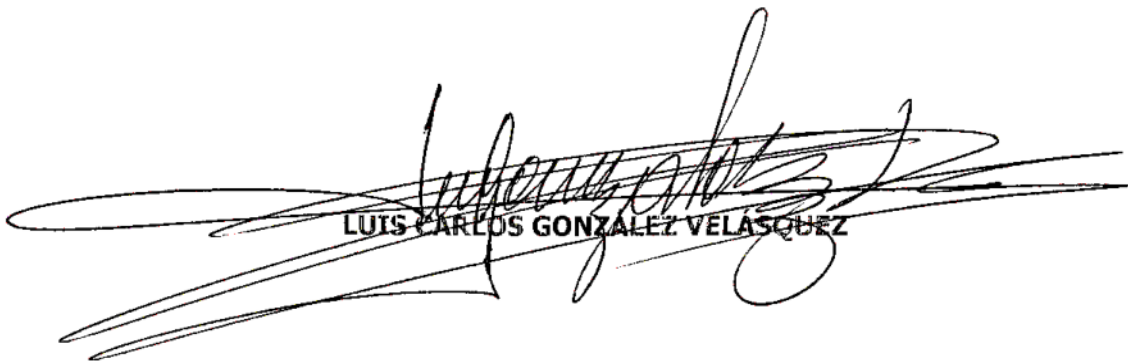
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 022 2020 00453 01 DE ABILIO HURTADO
CETINA CONTRA COLPENSIONES, PORVENIR S.A., DEPARTAMENTO DE
BOYACÁ Y PROTECCIÓN S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor HURTADO CETINA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031202200465-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de COLPENSIONES y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de mayo de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOHN JAIRO ORDÓÑEZ ARIAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

JOHN JAIRO ORDÓÑEZ ARIAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, se declare la ineficacia de su afiliación y traslado al RAIS, porque no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, ya que, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar su cambio de régimen pensional; en consecuencia, que, se condene a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, junto con sus rendimientos y gastos de administración desde noviembre de 1995 y hasta que se efectuó su retorno al RPM; que, se ordene a COLPENSIONES, activar su afiliación, a partir del 03 de septiembre de 1979,

así como recibir todos los recursos provenientes del RAIS; que, se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 06 de octubre de 1961, por lo que, a la fecha de presentación de la demanda, contaba con 61 años de edad; que, se afilió al RPM, el 03 de septiembre de 1979, cotizando a través del entonces ISS hoy COLPENSIONES, hasta el 30 de noviembre de 1995; que, el 10 de noviembre de 1995, se trasladó al RAIS, cuando diligenció el formulario de afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Indicó que, al momento de su traslado de régimen pensional, la AFP Pensionar, no le brindó información adecuada y completa, respecto a las consecuencias de dicha decisión, ni le advirtieron los riesgos del traslado y la pérdida de los beneficios del RPM; que, como consumidor financiero, la demandada, estaba en la obligación de explicarle las condiciones del Sistema General de Pensiones y del nuevo modelo, pero no lo hizo; menos aún le dijo que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, dependería de sus aportes y rendimientos financieros, sin verificar la idoneidad y capacitación de sus promotores y vendedores, lo que considera, no le permitió hacer una adecuada comparación de las condiciones financieras ofrecidas en el mercado para la inversión de sus ahorros.

Refirió que, la AFP demandada, nunca le entregó cálculos, ni proyecciones del valor de su mesada pensional, tanto en el RAIS como en el RPM; que, nada se le informó en el año 2004, respecto a la posibilidad de retornar al RPM; que, su último empleador, BAYER S.A., realizó sus aportes a pensión sobre un salario de \$12.412.283, pero, según proyección realizada por SKANDIA, el 23 de septiembre de 2022, en el RAIS, recibiría a los 62 años, una mesada por \$6.655.000, mientras que en el RPM, la misma ascendería a \$8.927.000; que, el 02 de septiembre de 2022, presentó ante COLPENSIONES, petición para que se declarara la ineficacia de su traslado al RAIS y retornar al RPM, la cual le fue contestada mediante correo electrónico del 06 de septiembre de 2022 (Archivo 02).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES, 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 presentadas por el actor, ante cada Administradora.

SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., formuló las excepciones denominadas imposibilidad jurídica del traslado por estar afiliado al Fondo alternativo de pensiones, SKANDIA no participó ni intervino directamente en el momento de selección de régimen, el demandante se

encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. También llamó en garantía a MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., con quien, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, contrató los seguros previsionales para cubrir los seguros de invalidez y muerte, que llegaron a requerir sus afiliados, entre ellos el demandante, durante las vigencias, 01 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2018 (Archivo 10).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, buena fe y la innominada o genérica (Archivo 11).

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Por auto del 31 de octubre de 2022, el Juzgado de Primer Grado, aceptó el llamamiento en garantía de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien también contestó oportunamente la demanda y el llamamiento en garantía, oponiéndose a la pretensión de éste último, encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., pues su único objeto conforme a lo dispuesto en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que, en caso de realizarse el riesgo la aseguradora debe asumir “*el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente*”; aceptó la mayoría de los hechos de llamamiento y propuso como excepciones, el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, MAPFRE no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución

alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y las demás que resulten probadas en el curso del proceso y se puedan declarar de oficio por el Juez (Archivo 15).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de mayo de 2023, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional que realizó JOHN JAIRO ORDÓÑEZ ARIAS, del RPM al RAIS, teniéndolo como válidamente afiliado al primero, como si nunca se hubiese trasladado; condenó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de sumas de dinero que recibió del demandante, por concepto de aportes, junto con los rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, debidamente indexadas; condenó a COLPENSIONES, a recibir al actor, en el RPM; absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de las pretensiones del llamamiento en garantía; condenó en costas a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en favor del demandante y la aseguradora.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de COLPENSIONES y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, argumentó que, la AFP, cumplió con la normatividad vigente para la fecha del traslado de régimen pensional del demandante, pues, la voluntad libre y expresa del afiliado, quedó demostrada con la suscripción del formulario de afiliación, sin que para entonces existiera la obligación de brindar una doble asesoría, por lo que, no es razonable, ni jurídicamente viable imponer a las Administradoras, deberes que no estaban previstos en el ordenamiento jurídico vigente para la época de traslado del demandante, y que, atentan contra los principios de la confianza legítima, debido proceso y relatividad jurídica, ya que, aun cuando COLPENSIONES, no participó en el acto de traslado del actor, debe asumir las consecuencias jurídicas de su ineficacia, con el reconocimiento de las prestaciones pensionales; que, la decisión apelada afecta el equilibrio y sostenibilidad financiera del Sistema Pensional; que, el actor, se encuentra incurso en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Solicitó que, en caso de confirmar la sentencia de Primer Grado, se ratifique la orden impuesta a la AFP, de devolver los saldos de la cuenta individual del demandante, junto con las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales y gastos de administración; y, se adicione la misma, supeditando el cumplimiento de COLPENSIONES, al traslado de la totalidad de los recursos por parte de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., apeló específicamente la orden dirigida a trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración, prima de seguros previsionales, debidamente indexados, pues, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el 3% de la cotización de pensión, se destina para gastos de administración, en aras de un correcto y eficiente manejo de la cuenta individual del demandante, por lo que, desde su afiliación a esa AFP, se ha cumplido con esa destinación específica, por lo que, dichos rubros ya fueron utilizados y no se encuentran en poder de esa Administradora; que, el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, determina expresamente cuáles son los rubros que se deben devolver en caso de traslado del RAIS al RPM, esto es, los aportes y recursos destinados al Fondo de Pensión de Garantía Mínima, sin que contemple ningún otro rubro, de ahí que, no es posible trasladar ningún otro concepto a favor de COLPENSIONES; que, de persistir la orden de devolución de las primas de seguros previsionales, tal obligación debe imponérsele a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pues, la declaratoria de la ineficacia, dejó sin efecto alguno el contrato de seguros previsionales suscrito con esa aseguradora, en los términos del artículo 1045 del CCo, por carecer de interés asegurable; que, en cuanto a la indexación, debe aplicarse de la compensación, con los rendimientos pagados, que compensan la depreciación de la moneda, que se pudo haber generado en el capital el afiliado, de lo contrario se estaría imponiendo una doble sanción por el mismo hecho; que, en caso de confirmar la sentencia de Primer Grado, se dé aplicación a la prescripción general y de las acciones derivadas del contrato de seguros, conforme al artículo 1.081 CCo, ya que, la afiliación del demandante, se dio desde el año 1995.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES, insistió en que se debe revocar la sentencia de Primera Instancia y absolver a esa Administradora, de las pretensiones de la demanda, pues, siempre ha actuado de buena fe y con apego a las disposiciones normativas y reglamentarias del Sistema General de Pensiones; que, el demandante, se encuentra incurso en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 13 de la Ley 100 de 1993; que, tampoco se acreditó un vicio en el consentimiento al momento de su traslado al RAIS, siendo carga probatoria del actor, demostrar el engaño del que alega fue objeto al momento de su afiliación; que, la AFP, cumplió con el deber de información en los términos vigentes para febrero de 1996, sin que pueda imponérsele cargas adicionales a la suscripción del formulario de afiliación; que, avalar el retorno del accionante, al RPM, contribuye a la descapitalización del Sistema pensional; de manera subsidiaria, solicitó que, en caso de confirmar el fallo apelado, se sujete el cumplimiento de la sentencia al traslado de la totalidad de las sumas de la cuenta de ahorro de individual del actor, y que, no se imponga condena en costas, pues, no participó en el acto que se presume ineficaz.

El demandante, por su parte, solicitó que se confirme la decisión apelada y se condene en costas a la apelantes, ya que, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., S.A., no allegó medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, al momento de realizar el traslado, en aplicación a la regla jurisprudencial.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por PENSIONAR hoy SKANDIA S.A.; *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; *iv)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM, y *v)* si se debe condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

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 regímenes 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.

En cuanto a los requisitos para el traslado del régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece **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 perdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un</i>

		<i>consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron 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: *i)* que, el demandante nació el 06 de octubre de 1961; *ii)* que, cotizó para pensión, a través del Seguro Social hoy COLPENSIONES, entre el 03 de septiembre de 1979 y el 31 de diciembre de 1995, *iii)* que, el 10 de noviembre de 1995 se trasladó al RAIS, administrado por PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de diciembre de 1995; y *iv)* que, a la presentación de la demanda, se encontraba vinculado a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., habiendo cotizado 2.106 semanas en toda su vida laboral; lo que se encuentra acreditado con la documental obrante en los archivos 02, 10 del expediente digital, así como en la historia laboral de COLPENSIONES y con el interrogatorio de parte, absuelto por el demandante.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., demostró dentro del proceso haberle proporcionado al actor, información alguna durante su afiliación y menos aún en el transcurso de los años en que

ha permanecido afiliado a esa Administradora, 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; 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 CC, tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, aunque el actor, suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, ha de decirse que éste resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Tampoco, puede considerarse que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un*

detrimento en el fondo común en ese régimen” (CSJ SL2877-2020).

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

Ahora, en relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; no obstante, dada la forma generalizada en que se impartió esta orden, habrá de aclararse el ordinal

segundo de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; sin que, además, sea posible aplicar la figura de la compensación, pues, no se cumple con las exigencias de los artículos 1714, 1715 y 1716 del CC, para su declaración.

Referente a lo manifestado por la recurrente SKANDIA S.A., del llamamiento en garantía, es importante indicar que entre **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, dan cuenta la existencia de los contratos de seguro previsional a los que se refiere esa demandada, sin embargo, se advierte que el objeto de este proceso es que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de las afiliaciones que se efectuaron a sus diferentes administradoras y escapa del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral la situación relacionada con los contratos de seguro celebrados entre las personas jurídicas señaladas que no son *“controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras”* (numeral 4 del artículo 2 del CPTSS), sino que se trata de un asunto meramente comercial entre dos contratantes que corresponde conocer a una jurisdicción distinta y, por ende, no puede en este proceso resolverse sobre tal relación; hecho que debió negarse desde el inicio de la solicitud del llamamiento en garantía.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 10 de noviembre de 1995, con efectividad el 01 de diciembre de ese mismo año, se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de Primera Instancia, en este sentido.

En lo que tiene que ver con el fenómeno de la **prescripción**, los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en el ámbito del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social son los artículos 488 CST y 151 del CPTSS, en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento

en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, tal como se indicó en la providencia SL1421-2019.

Finalmente, en cuanto la adición del fallo apelado, también solicitada por COLPENSIONES, para que se indique que esa Administradora, sólo puede cumplir con las órdenes impuestas por la *a quo*, una vez SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., traslade la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, con los demás emolumentos y no sea condenada al pago de costas procesales; considera la Sala, que tal solicitud no cumple con las exigencias fijadas en los artículos 285 y 287 del CGP, aplicables al procedimiento laboral, por remisión del artículo 145 del CPTSS.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES, por haberles sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia 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: ACLARAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por la Juez de Primera Instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

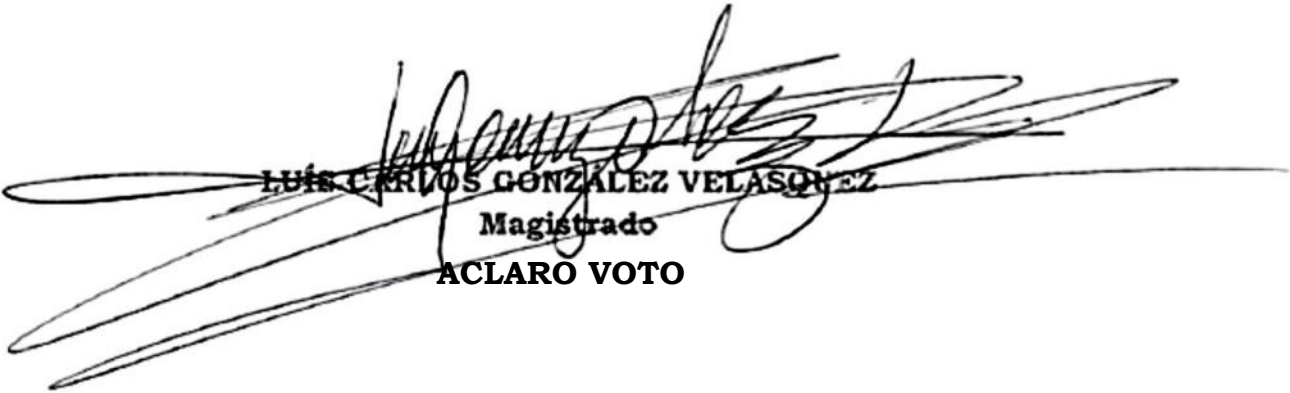
TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.00, a favor del actor. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARÓ VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 31 2022 00465 01 DE JOHN JAIRO ORDÓÑEZ ARIAS CONTRA COLPENSIONES Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor ORDÓÑEZ ARIAS al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105032202100649-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta y Uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el trece (13) de junio de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LIGIA VIRGINIA CITA VELANDIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

LIGIA VIRGINIA CITA VELANDIA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para que declare la ineficacia y nulidad del traslado al RAIS efectuada el 30 de octubre de 1998 realizada por AFP PORVENIR, como consecuencia, condenar a PORVENIR al trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, ordenar a COLPENSIONES recibir por parte de PORVENIR sin solución de continuidad a la demandante y una vez recibidos los aportes proceda a corregir y actualizar la historia laboral, declarar para

todos los efectos la única afiliación válida efectuada es del 8 de marzo de 1995 al ISS hoy COLPENSIONES, condenar en costas y gastos a las demandadas, a lo extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 17 de marzo de 1968, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 8 de marzo de 1995, cotizando al RPM 311 semanas, que el 30 de octubre de 1998 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR la cual se dio sin la suficiente información, que al año 2021 ha cotizado 1.178 semanas al RAIS, con un total de 1.492 semanas, que el 12 de noviembre de 2021 se solicitó a PORVENIR y COLPENSIONES la nulidad e ineficacia del traslado de régimen. (archivo 01Demanda20210649Ordinario.pdf)

Contestación 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 **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 08ContestaciónDemandaPorvenir.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denomino; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, innominada o genérica. (archivo 10ContestaciónDemandaColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el trece (13) de junio de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, declaro la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante a través de PORVENIR el 30 de octubre de 1998, condeno a PORVENIR a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluyen los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que se corresponda, en proporción al tiempo que la demandante ha estado afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR con cargo a sus propios recursos, al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen, ordeno a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al RPM sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz, condenar en costas a la demandada PORVENIR a favor de la demandante. (archivo 25ActaAudienciaJuzgamiento20230613.pdf)

De los recursos de apelación

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque, argumentó que dentro del material probatorio recaudado se logró demostrar que la demandante se le dio una información, clara y oportuna, de lo que da cuenta el formulario de afiliación incluso de su consentimiento, es importante, mencionar que para el momento del traslado se aplicó la norma vigente, máxime cuando la demandante como consumidora financiera tiene obligaciones y se mantuvo por más de 20 años afiliada al RAIS, que no es procedente la devolución de gastos de administración cuando como beneficio obtuvo los rendimientos financieros y menos su indexación, por lo que debe operar las restituciones mutuas, ahora el seguro previsional es reglado legalmente y cubre contingencias de invalidez y sobrevivencia, por lo que se contrató una póliza para ello.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la

sentencia, manifestó que; la demandante se encuentra en una prohibición legal al contar la demandante con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, además tampoco es beneficiaria del régimen de transición, lo que afecta la estabilidad financiera del sistema, siendo importante verificar las equivalencia en uno y otro régimen, así como el principio de la relatividad jurídica, siendo COLPENSIONES un tercero que no debe verse afectado, ni favorecido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente para que las partes allegaran alegatos de conclusión, guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, de forma indexada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 12 de noviembre de 2021 en la cual solicita nulidad o ineficacia del traslado y su respuesta el 16 de noviembre del mismo año, donde le fue negado. (archivo 01Demanda20210649Ordinario.pdf, fls. 48 a 52)

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho

proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

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

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

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

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

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del

sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el diecisiete (17) de marzo de 1968 (archivo 01Demanda20210649Ordinario.pdf, fl. 20), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 9 de enero de 1991 al 30 de noviembre de 1998 un total de 311 semanas (archivo 01Demanda20210649Ordinario.pdf, fl. 31), iii) que el treinta (30) de octubre de 1998 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 diciembre de 1998 (archivo 08ContestaciónDemandaPorvenir.pdf, fls. 27 y 86) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.514 semanas (archivo 08ContestaciónDemandaPorvenir.pdf, fl. 30).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

VELANDIA asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Tampoco es óbice para que se declare la ineficacia, que la demandante se encontrare o no en el régimen de transición para el momento en que solicito la ineficacia del traslado, lo cierto es que la misma jurisprudencia laboral ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren “...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...” (Sentencia CST SL1452 de 2019), tal como se indicó de forma antecedente.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

En cuanto a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás

como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

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

(...)

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que

involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el treinta (30) de octubre de 1998 con efectividad el 1 de diciembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el trece (13) de junio de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **LIGIA VIRGINIA CITA VELANDIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.300.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 32 2021 00649 01 DE LIGIA
VIRGINIA CITA VELANDIA CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó CITA VELANDIA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105027202200024-01**

En Bogotá D.C., hoy Treinta y Uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el trece (13) de junio de 2023 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA CLAUDIA GUTIERREZ MEJÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

MARÍA CLAUDIA GUTIERREZ MEJÍA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la ineficacia del traslado de la demandante a PORVENIR S.A. en el año 2001, se retrotraigan todas las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES tenerla afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES actualizando la historia laboral, se condene a PORVENIR a devolver los aportes efectuados, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de

administración a COLPENSIONES, costas y agencias en derecho y a lo extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1 de abril de 1982 hasta el 27 de octubre de 1987, que se trasladó del RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A. a comienzos del año 2001, que el asesor comercial no otorgó información completa, que nació el 7 de julio de 1958, que desde el 1 de abril de 1982 al 30 de julio de 2021 a cotizado 1.403 semanas, que agoto vía administrativa a través de derecho de petición ante COLPENSIONES el 2 de septiembre de 2021, emitiéndose respuesta negativa por la entidad en la misma fecha. (archivo 01Demanda.pdf)

Contestación 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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (archivo 06ContestacionPorvenir.pdf).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denomino; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (archivo 07ContestacionColpensiones.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el trece (13) de junio de 2023 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS a través de PORVENIR S.A., condeno a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la

afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, ordenar a COLPENSIONES a afiliarse a la demandante al RPM y a recibir cotizaciones de PORVENIR, declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenar a PORVENIR al pago de costas. (archivo 15Actaaudienciasarticulos7780.pdf)

Del recurso de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: debiendo tenerse en cuenta que sobre la demandante recae una prohibición legal para su retorno al contar con más de la edad para acceder al derecho pensional, pues no se probó ningún vicio del consentimiento y se mantuvo por más de 20 años afiliada al RAIS conforme a su decisión, contando con la capacidad suficiente al contar con estudios de economía, sin olvidar los deberes que tiene como consumidora financiera, acarreando como consecuencia la descapitalización del sistema, en caso de confirmarse se ordene el cumplimiento de la sentencia a que la AFP PORVENIR traslade los aportes y demás suma condenadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la apoderada de la demandada COLPENSIONES argumento y reitero sobre la prohibición legal, sobre la no acreditación de vicios del consentimiento, en cuanto a la carga de la prueba al no estar obligada a lo imposible, al deber de información, sobre la calidad de profesional de la demandante, de la descapitalización del sistema, de la prueba del perjuicio ocasionado, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada y **ii)** que incidencia tiene una prohibición legal en los procesos de ineficacia del traslado de régimen o si

es necesario probar un vicio del consentimiento. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 2 de septiembre de 2021 en el que solicita la ineficacia del traslado efectuado al RAIS a través de PORVENIR y su respuesta en la misma fecha que niega lo pretendido. (archivo 01Demanda.pdf, fls. 14 a 18).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los

<i>consejo y doble asesoría.</i>	<i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>representantes de ambos regímenes pensionales.</i>
----------------------------------	--	---

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el siete (7) de julio de 1958 (archivo 01Demanda.pdf, fl. 12), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 01 de abril de 1982 al 27 de octubre de 1987 un total de 290.86 semanas (archivo 01Demanda.pdf, fl. 20), iii) que el un (1) de febrero de 2001 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 abril de 2001 (archivo 06ContestacionPorvenir.pdf, fls. 80 a 81) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.445 semanas (archivo 06ContestacionPorvenir.pdf, fl. 116).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no*

informado.”, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARÍA CLAUDIA GUTIERREZ MEJÍA asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente

realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el un (1) de febrero de 2001 con efectividad el 1 de abril de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el trece (13) de junio de 2023 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **MARÍA CLAUDIA GUTIERREZ MEJÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Colpensiones, teniendo a cargo la suma de \$1.300.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las results del proceso.

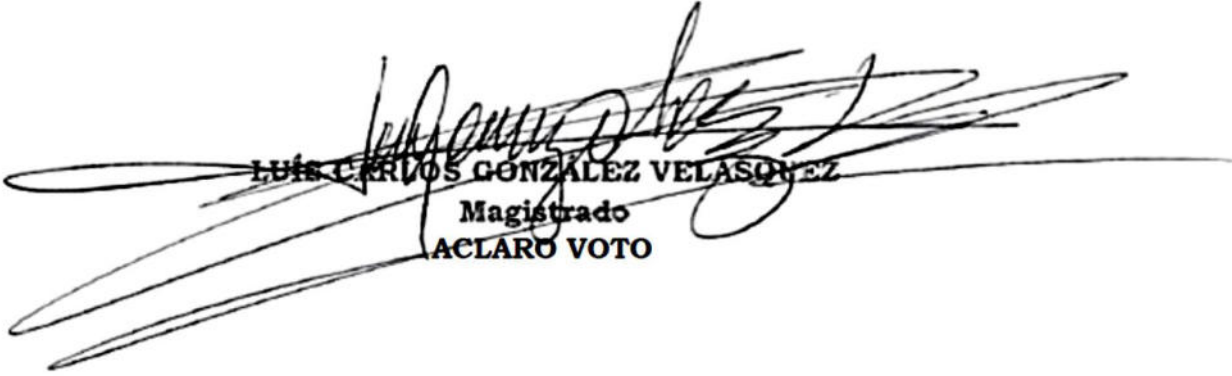
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 27 2022 00024 01 DE MARÍA CLAUDIA GUTIERREZ MEJÍA CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó Gutiérrez Mejía al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105010202000068-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta y Uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veintiséis (26) de mayo de 2023 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LILIA AMPARO CAMELO BOHÓRQUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Lilia Amparo Camelo Bohórquez, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare que la ineficacia del traslado de la demandante realizada del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A., se autorice traslado de la demandante el RPM COLPENSIONES, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con todos sus rendimientos causados, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses además los cobros por administración

deberán integrarse a la masa de aportes y rendimientos financieros devueltos, al pago de costas.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que realizó sus cotizaciones al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES a partir del 1 de junio de 1979, que fue trasladada en enero de 2005 al RAIS por PORVENIR S.A., que no se le otorgó la información suficiente y necesaria por los asesores de PORVENIR, que el 9 de diciembre de 2019 se presentó derecho de petición ante PORVENIR solicitando ineficacia del traslado y a COLPENSIONES el traslado, que el 22 de enero de 2020 y 9 de diciembre de 2019 respectivamente, las entidades niegan. (archivo 01ExpedienteFisico.pdf)

Contestación 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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de fondo que denominó; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 07ContestacionDemandaPorvenir.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito; prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica. (archivo 08ContestacionDemandaColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veintiséis (26) de mayo de 2023 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante en el año 2005 del RPM al RAIS administrado por AFP PORVENIR S.A. por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, declarar que la demandante ha estado afiliado al RPM sin solución de continuidad desde su elección inicial, declarar no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las demandadas, condeno a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES las sumas de dinero que se encuentran consignadas en la

cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos y eventualmente, de los bonos pensionales si los hubiere o en su defecto cuando estos se rediman, condenar a COLPENSIONES a que una vez PORVENIR traslade los recursos a su cargo, los reciba para reflejarlos en la historia laboral de la demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización, condeno en costas a PORVENIR por concepto de agencias en derecho en favor de la parte demandante. (archivo 25ActaAudienciaArticulo80.pdf)

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: solicito que se revoque la decisión y se absuelva a COLPENSIONES, dado que no se tuvo en cuenta por el Juez de primera instancia el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que COLPENSIONES es un tercero ajeno y nada tuvo que ver con el traslado de régimen de la demandante, que independientemente del precedente jurisprudencial, al momento del traslado el deber de información era básico y no se exigía proyecciones y demás, por lo que era imposible determinar. De otro lado, en caso de que se confirme, ordene a la AFP cubrir el daño a la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente COLPENSIONES presento alegatos de conclusión reiterando lo solicitado en su recurso de apelación y resalto que no es posible activar la afiliación de la demandante al RPM, como tampoco recibir los aportes realizado en la AFP. Las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la

soportaba, respecto a la información brindada y lo relacionado con el principio de la relatividad jurídica y **ii)** si PORVENIR debe pagar los daños causados a COLPENSIONES. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 9 de diciembre de 2019 en la que se solicitó declarar la ineficacia del traslado y lo cual fue negado. (archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fls. 17 al 22)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los

<i>consejo y doble asesoría.</i>	<i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>representantes de ambos regímenes pensionales.</i>
----------------------------------	--	---

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el treinta (30) de octubre de 1961 (archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fl. 4), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales 328 semanas (archivo 01ExpedienteFisico.pdf, fl. 6), iii) que el seis (6) de enero 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 marzo de 2005 (archivo 07ContestacionDemandaPorvenir.pdf, fl. 27) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.137 semanas (archivo 07ContestacionDemandaPorvenir.pdf, fl. 34).

Tampoco es óbice para que se declare la ineficacia, que la demandante se encontrare o no en el régimen de transición para el momento en que solicito la ineficacia del traslado, lo cierto es que la misma jurisprudencia laboral ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”, pues lo

que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren *“...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...”* (Sentencia CST SL1452 de 2019), tal como se indicó de forma antecedente.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Lilia Amparo Camelo Bohórquez asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Respecto a la tesis de actos de relacionamiento esta no es admisible, pues la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 5686 de 2021, dijo: *“La teoría de los actos de relacionamiento para determinar una afiliación o desafiliación tácita no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado, dado que la migración de la persona del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y posteriores tránsitos entre fondos privados implican una afiliación expresa -ni la afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan la información debida y suficiente del afiliado acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos- El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.”*

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a que se condene a PORVENIR S.A. a pagar los daños a COLPENSIONES, es preciso

mencionar que ordeno la devolución de aportes, junto con rendimientos, sin deducciones por comisiones de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los recursos dirigidos al fondo de pensión de garantía mínima.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el seis (6) de enero de 2005 con efectividad el 1 de marzo de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintiséis (26) de mayo de 2023 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **LILIA AMPARO CAMELO BOHÓRQUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Colpensiones, teniendo a cargo la suma de \$1.300.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

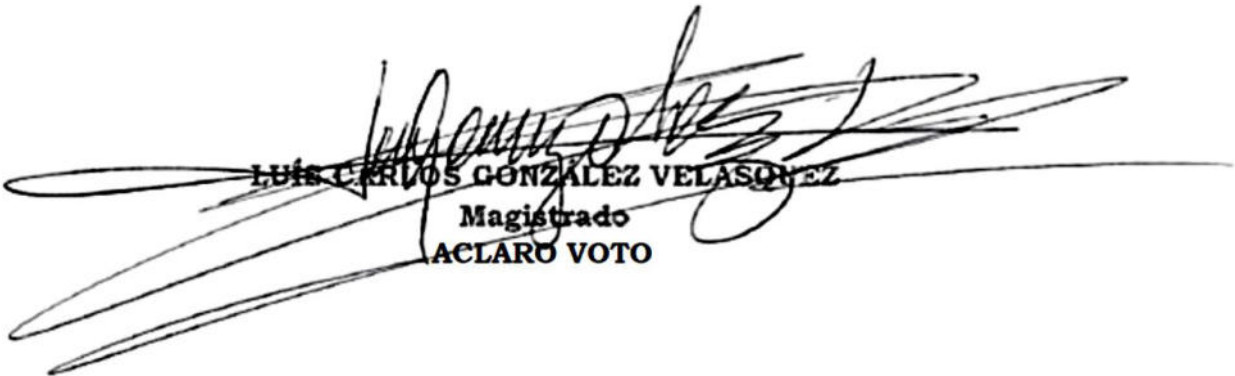
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 10 2020 00068 01 DE LILIA AMPARO
CAMELO BOHÓRQUEZ CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó camelo bohórquez al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008202200088-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 02 de mayo de 2023, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **UBALDINO GAITÁN CASTRO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

UBALDINO GAITÁN CASTRO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS y de su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., realizada en el año 2002 (sic); que, se ordene a PORVENIR S.A., remitir a COLPENSIONES, los aportes y semanas cotizadas; que, se ordene a COLPENSIONES, reactivar su afiliación al RPM, recibiendo las cotizaciones efectuadas en el RAIS; que, se condene a PORVENIR S.A., a indemnizarlo por los perjuicios morales, causados por la posible injusta mesada pensional que le correspondería recibir en dicho régimen, y que lo ha obligado a seguir laborando.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 25 de febrero de 1955; que, comenzó su vida laboral y simultáneamente se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, desde el 15 de mayo de 1977; que, se ha desempeñado en diferentes cargos públicos y como servidor judicial desde 1982 y hasta la actualidad.

Indicó que, en el año 2002 (sic), se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., quien le ofreció una mejor pensión, aduciendo que el ISS, iba a desaparecer; no obstante, a la fecha, sólo le ofrece una mesada pensión de 1 SMLMV, que, no se compadece con todo el tiempo de servicios; que, entre los meses de septiembre y diciembre de 2021, le solicitó a las demandadas, la ineficacia de su traslado al RAIS y la posibilidad de retornar al RPM, agotando con ello la reclamación administrativa (Archivo 02).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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 presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, aclaró que, el traslado inicial del demandante al RAIS, se produjo el 23 de octubre de 1995, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y que, posteriormente, el 15 de septiembre de 2000, el actor, se cambió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; formuló 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 07).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; y las de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás que resulten probadas en el proceso y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (Archivo 08).

Por auto del 14 de septiembre de 2022, la Juez de Primera Instancia, ordenó vincular al proceso a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, quien, una vez notificado, dio contestación oportuna a la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma y alegó en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la

afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de perjuicios, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por nulidad del traslado e inexistencia de prueba de perjuicios (Archivo 13).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de mayo de 2023, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor UBALDINO GAITÁN CASTRO, acaecido en el año 1995; condenó a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del demandante; CONDENAR a PORVENIR y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor UBALDINO GAITÁN CASTRO, 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 CC, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

También, dispuso la *a quo*, condenar a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y COLFONDOS que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en su historia pensional; condenando en costas a PORVERNIR y COLFONDOS S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la AFP PORVERNIR S.A. y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **AFP PORVENIR S.A.**, solicitó revocar la decisión de Primer Grado, argumentando que, si bien existe un precedente jurisprudencial, éste no se puede aplicar de manera homogénea, a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, por incumplimiento del deber de información, pues, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, lo que no se cumple en el presente asunto, pues, el demandante, realizó válidamente su traslado de régimen pensional, de manera libre, voluntaria, sin presiones, de acuerdo con la normatividad vigente para el momento del traslado, en el año 1995 y posteriormente, cuando se produjo su traslado horizontal en el año 2012, cuando no se exigía una información en los términos señalados en la demanda; que, con independencia de la información brindada en el acto de traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS, se encuentra descritas en la Ley 100 de 1993, de ahí que, en cualquier momento pudieron ser verificadas por el actor, ya que, como

cualquier consumidor financiero, ésta debió actuar con meridiana diligencia, por lo menos, respecto a la información suficiente del acto jurídico que se encontraba realizando; que, esa AFP, siempre ha actuado con buena fe objetiva, actuando conforme a los presupuestos legales para el traslado del régimen pensional; que, en relación con la devolución de los rendimientos, sólo debe retornar al RPM, el mismo porcentaje que se habría obtenido en dicho régimen, pues, la gestión desplegada por esa Administradora, ha generado rendimientos superiores a los que hubiese obtenido en COLPENSIONES; que, tampoco es procedente la restitución de las sumas pagadas por primas de seguros previsionales, por haberse contratado a las Aseguradoras, que cubrirían las contingencias de invalidez y muerte; que, según concepto de la Superintendencia Financiera, también es improcedente la devolución de gastos de administración, ya que, en virtud del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, en caso de traslado del RAIS al RPM, solo se devuelven los aportes y sus rendimientos; que, no puede ordenarse la indexación de las condenas impuestas, debido a que, con el pago de los rendimientos del capital que se encontrara en la cuenta de ahorro individual del actor, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda; que, desestimada la ineficacia del traslado y la devolución de valores, debe absolverse también a esa Administradora, del pago de las costas procesales.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, indicó que, el traslado de régimen pensional del demandante, se efectuó ejerciendo del derecho de libre escogencia previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y lo fue conforme a Derecho, cumpliendo con las exigencias vigentes para la fecha, ya que, en ese momento no existía ninguna disposición legal que les exigiera a las AFP, documentar la asesoría brindada al momento del traslado, ni a realizar proyecciones o simulaciones pensionales, ni mucho menos escenarios de comparación entre las características de uno y otro régimen pensional, la informa que se ofrecía era de carácter verbal y como señal de aceptación del potencial afiliado, éste podía suscribir o no el formulario de afiliación, como lo hizo el actor, quien posteriormente realizó una afiliación horizontal a la AFP PORVENIR S.A.; que, para el caso específico del demandante, el deber de información en los términos actualmente establecidos, no era exigible para las Administradoras demandadas, pues, advertidas las condiciones generales, el traslado a COLFONDOS y la afiliación horizontal a PORVENIR, son totalmente válidas; que, no se puede pretender que en procesos como éste, las AFP, alleguen medios de prueba documental diferentes al formulario de vinculación, lo contrario sería una carga probatoria imposible de cumplir; que, la única inconformidad real del demandante, con su afiliación al RAIS, tiene que ver con la posibilidad de obtener una mejor mesada pensional, situación que no es suficiente para declarar la anulación o ineficacia del traslado de régimen, más aún cuando el valor de la mesada no es atribuible a las Administradoras del Sistema Pensional, sino a las características propias de cada régimen; que, de existir un perjuicio para el afiliado, el mismo debería ser resarcido por quien lo causó, esto es, COLFONDOS y PORVENIR, sin trasladar

a COLPENSIONES, la responsabilidad de cubrir una carga pensional de quien no ha contribuido al RPM, por más de 25 años.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES, insistió en que debe revocarse la sentencia apelada, pues, el demandante, se encuentra incurso en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 13 de la Ley 100 de 1993; que, tampoco se acreditó un vicio en el consentimiento al momento de su traslado al RAIS, siendo carga probatoria del actor, demostrar el engaño del que alega fue objeto al momento de su afiliación; que, la AFP, cumplió con el deber de información en los términos vigentes para febrero de 1996, sin que pueda imponérsele cargas adicionales a la suscripción del formulario de afiliación; que, avalar el retorno del accionante, al RPM, contribuye a la descapitalización del Sistema pensional.

La AFP PORVENIR S.A., dijo que, el traslado de régimen pensional realizado por el demandante, reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, aclaró, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de Primera Instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad; que, para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por el demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación del actor; además que, tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen; que, la inconformidad del demandante con el RAIS, se derivada del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad del demandante, en tanto que las prestaciones que se reconocen en uno y 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 mediante el reconocimiento de pensiones, cabe señalar que en el RPM los afiliados obtienen prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional del consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del 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 el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado inicial, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; *iii)* si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; *iv)* si la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; *v)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de retornar al RPM; y *vi)* si debe o no imponerse a la AFP PORVENIR S.A., el pago de las costas procesales.

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 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, 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: *i)* que, el demandante nació el 25 de febrero de 1955; *ii)* que, estuvo afiliado al RPM, realizando cotizaciones a pensión, en el ISS hoy COLPENSIONES, entre el 15 de mayo de 1977 y el 22 de octubre de 1983; *iii)* que, el actor, se ha desempeñado como servidor público, en el municipio de San Martín – Meta, entre 1982 y 1983 y como funcionario judicial adscrito a la Dirección Seccional de administración Judicial de Villavicencio, también entre octubre de 1982 y hasta la actualidad; *iv)* que, el 23 de octubre de 1995 se trasladó al RAIS, administrado por COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 1995; *iv)* que, el 15 de septiembre de 2000, se cambió a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A.; y *v)* que, a la presentación de la demanda, se encontraba vinculado a PORVENIR S.A., habiendo cotizado 1.707 semanas en toda su vida laboral; lo que se encuentra acreditado con la documental obrante en los archivos 02, 07, 09, 13 del expediente digital y con el interrogatorio de parte, absuelto por el demandante (Archivo 19).

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la COLFONDOS S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado al actor, al momento de su traslado inicial, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor UBALDINO GAITÁN 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.

También debe la Sala, aclarar que, el cambio de Administradora de Fondos de Pensiones, realizados por el demandante, a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S. hoy AFP PORVENIR S.A., no convalidó el traslado inicial efectuado a COLFONDOS S.A., como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de

ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad del demandante, de retornar al RPM, con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual»,**

sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

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

En relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; no obstante, dada la forma generalizada en que se impartió esta orden, habrá de aclararse el ordinal tercero de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 23 de octubre de 1995, con efectividad el 01 de noviembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, al igual que, su posterior cambio a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., el 15 de septiembre de 2000, efectivo a partir del 01 de noviembre de 2000, el cual no validó el traslado inicial, como ya se indicó con anterioridad.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide la AFP PORVENIR S.A., sea revocada, comoquiera 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, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga

económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

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

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

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por haberles sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia 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: ACLARAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 02 de mayo de 2023, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por la Juez de Primera Instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.oo, a favor del actor. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



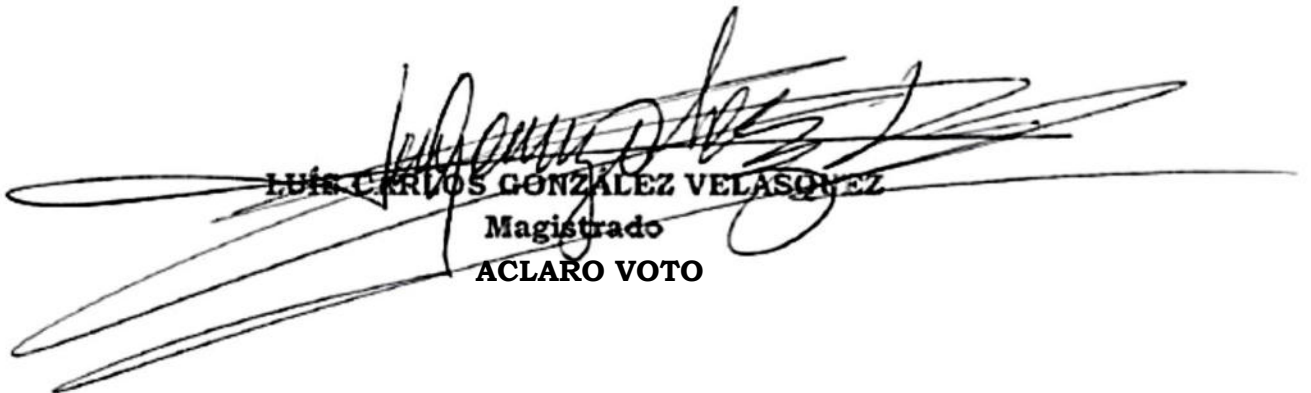
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

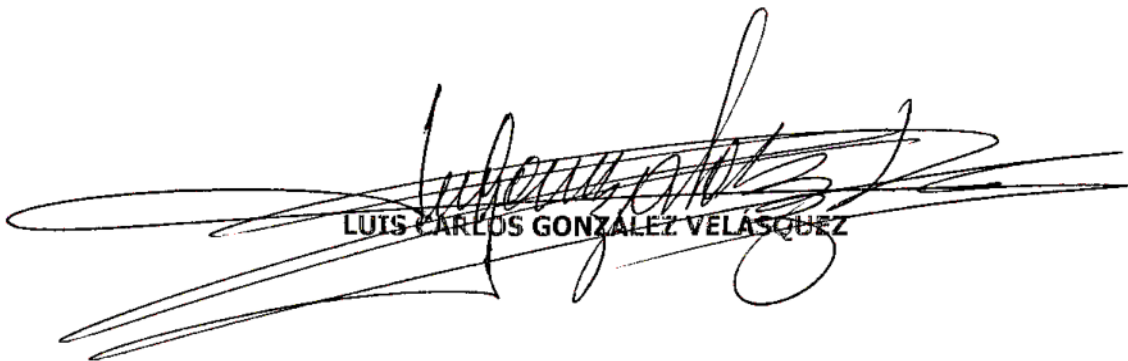
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 008 2022 00088 01 DE UBALDINO GAITÁN CASTRO CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor GAITÁN CASTRO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105007202000108-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las demandadas, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el primero (1) de junio de 2022 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARGARITA ROSA MARTÍNEZ ALARCÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Margarita Rosa Martínez Alarcón, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se declare que las demandadas AFP PORVENIR y PROTECCIÓN incumplieron con el deber de información, en consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al RAIS efectuada por la demandante a través de PORVENIR y PROTECCIÓN, por lo que, debe seguir válidamente a COLPENSIONES. Condenar a PROTECCIÓN trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a las propias utilidades, condenar a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante, recibir todos los aportes, aplicar las facultades extra y ultra petita, costas y agencias en derecho a cargo de las demandadas.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 3 de junio de 1964, que inicio con sus aportes en el RPM a través de ISS hoy COLPENSIONES el 4 de enero de 1984 cotizando 736.14 semanas, que suscribió formulario de afiliación a AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 24 de noviembre de 1998, que posteriormente suscribió formulario de afiliación con AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 22 de noviembre de 2002, que para el momento del traslado el asesor informo que el ISS estaba pasando por un momento financiero muy malo y que el ahorro estaba en riesgo, por lo que, si se trasladaba tendría una mesada pensional más alta, sin que se diera información completa y veraz, que al presentar reclamación ante COLPENSIONES, indico que no es procedente la solicitud de traslado. (archivo 02ExpedienteDigitalizado.pdf)

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Protección 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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 09ContestacionPorvenir.pdf)

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, excepciono; 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. (archivo 12ContestacionProtecciónSA.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en su defensa propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (archivo 08ContestacionDemandaColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el primero (1) de junio de 2022 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, declaro la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante a la AFP Horizonte, hoy PORVENIR el 24 de noviembre de 1998, así como la efectuada ante la AFP Santander hoy PROTECCIÓN del 22 de noviembre de 2002 y 1 de julio de 2004, ordeno a PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por COLPENSIONES, ordeno a PORVENIR y PROTECCIÓN incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubieren descontado de los aportes pensionales de la demandante valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados, ordeno a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPM a la demandante desde su afiliación inicial al ISS, se declaró no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN y condeno en costas a PORVENIR y PROTECCIÓN. (archivo 27ActaAudienciaArticulo80.pdf)

De los recursos de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandada PORVENIR, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, ya que no existen situaciones para que se dé lugar a una ineficacia, cumpliéndose con el deber de información establecido por la ley al momento del traslado que solo con normas del año 2010 y 2015 nace el deber de

información en el que se determine comparación o diferencias de 2 regímenes, frente a la devolución de gastos de administración se aparta ya que no es coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no, dado que la consecuencia, es que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, por lo que, los recursos generados por la AFP deberían tenerse como no generados, máxime cuando existió fusión de Horizonte con Porvenir, en es así como las agencias en derecho no proceden .

Por su parte, COLPENSIONES dijo que no obra prueba alguna que se está frente a un vicio del consentimiento, siendo el acto jurídico totalmente valido, exigiéndose que la carga probatoria este en cabeza de los fondos, sin que exista menor esfuerzo procesal por el demandante olvidando que existen obligaciones reciprocas uno de los deberes es informarse de las condiciones del sistema general de pensiones, destacándose el silencio de la demandante, por lo que, era consiente de pertenecer al RAIS, frente a la descapitalización no se comparte lo expuesto por el A quo por no contribuir al sistema.

Por último, la apoderada de la demandada Protección, interpone recurso de apelación en contra del numeral 3 de la sentencia proferida, en relación con la devolución de descuentos para gastos de administración y seguros previsionales, los cuales se realizan por que se encuentran autorizados por la ley, facultando a los fondos de pensiones, además de que operan en los 2 regímenes, olvidando que los aportes obtuvieron ganancias significativas, constituyéndose un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, debiendo aplicarse las restituciones mutuas, dado que la demandante estuvo afiliada por las contingencias de sobrevivencia e invalidez conceptos remitidos a una aseguradora, además dichos conceptos se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente el apoderado de PORVENIR reitero la petición de revocatoria, por su parte COLPENSIONES, dentro de sus consideraciones hizo referencia a la prohibición legal, sobre no acreditar vicios del consentimiento, respecto a la carga de la prueba, respecto al deber de información y sobre la descapitalización del sistema, por último, la apoderada de la parte demandante solicita se confirme el fallo, y Protección guardo silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del

proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. y PROTECCIÓN S.A. están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas deducidas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 12 de septiembre de 2019 correspondiente al formulario de afiliación al sistema. (archivo 02ExpedienteDigitalizado.pdf, fl. 137)

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito

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

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

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

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

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

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

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

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

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el tres (3) de junio de 1964 (archivo 02ExpedienteDigitalizado.pdf, fl. 31), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 4 de enero de 1984 al 30 de noviembre de 1998 un total de 736.14 semanas (archivo 02ExpedienteDigitalizado.pdf, fl. 101), iii) que el veinticuatro (24) de noviembre de 1998 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 1 de enero de 1999 (archivo 09ContestacionPorvenir.pdf, fls. 27 y 35), posteriormente, se traslado a Santander hoy Protección S.A. el 24 de agosto de 2001 (archivo 12ContestacionProteccionSA.pdf, fls 39 al 42 y 58) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.833.14 semanas (archivo 12ContestacionProtecciónSA.pdf, fl. 60).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Entonces del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Margarita Rosa Martínez Alarcón asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Continuando con el estudio, en cuanto a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el veinticuatro (24) de noviembre de 1998 con efectividad el 1 de enero de 1999

se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia, máxime, cuando AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN incurrió en la misma falta ya que no informo lo que correspondía.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el primero (1) de junio de 2022 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **MARGARITA ROSA MARTÍNEZ ALARCÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y Colpensiones, teniendo a cargo cada una la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

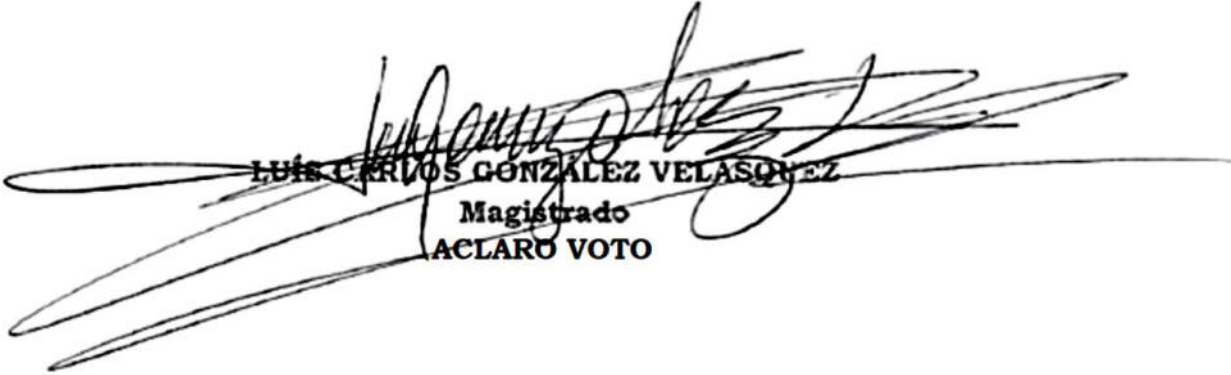
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 07 2020 00108 01 DE MARGARITA
ROSA MARTINEZ ALARCON CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y
PORVENIR**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó MARTINEZ ALARCON al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105003202200142-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pensión de Invalidez - Conteo de Semanas enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, en contra de la sentencia proferida el 08 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero (003) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CONCEPCIÓN TRONCOSO ARIAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

CONCEPCIÓN TRONCOSO ARIAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, le reconozca y pague la pensión de invalidez, a partir del 04 de julio de 2019, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o subsidiariamente la indexación de las sumas ordenadas, las costas procesales y las agencias en derecho; así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, ha cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, de manera interrumpida y con varios empleadores, entre el 17 de marzo de 1975 y el 30 de junio de 2019, para un total de 335 semanas; que, padece la enfermedad de párkinson desde hace varios años, por lo que, COLPENSIONES, mediante el dictamen 3499558 del 21 de marzo de 2019 (sic), le calificó una pérdida de capacidad laboral del 60.30%, de origen común, estructurada el 12 de marzo de 2009.

Informó que, el 17 de noviembre de 2021, le solicitó a la Administradora demandada, el reconocimiento de la pensión de invalidez, derecho que le fue negado, mediante la resolución SUB 65206 del 08 de marzo de 2022, por no cumplir con el requisito de semanas cotizadas para causar dicha prestación, desconociendo esa Entidad, que la enfermedad que padece es crónica, degenerativa, progresiva y catastrófica, por lo que, en aplicación del principio de favorabilidad, puede disfrutar de la misma, si cumplen con la densidad de semanas exigidas, contabilizadas a partir de la fecha de emisión del dictamen de su pérdida de capacidad laboral o desde la última semana efectivamente cotizada.

Indicó que, su PCL fue calificada el 21 de marzo de 2019, cumpliendo con las 50 semanas de cotización anteriores a dicha data, y con los requisitos para acceder al derecho pensional (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y en cuanto a los hechos, dijo en su mayoría no ser ciertos. En su defensa argumentó que, la demandante CONCEPCIÓN TRONCOSO ARIAS, no acreditó el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, entre el 13 de marzo de 2006 y el 12 de marzo de 2009, entonces resulta inane cualquier tipo de reconocimiento. Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, improcedencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios e indexación, buena fe de COLPENSIONES, imposibilidad de condena en costas, compensación y las demás que resulten probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 08 de mayo de 2023, el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante, la pensión de invalidez, a partir del 04 de julio de 2019, en cuantía inicial de \$828.116, junto con el pago de \$54.514.508, por concepto de retroactivo pensional, debidamente indexado al momento de su pago; declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y la condenó al pago de las costas procesales.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las partes, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **demandante**, de manera parcial, en relación con la absolución de los intereses moratorios, que, deben reconocerse a partir de la causación del derecho, pues, lo contrario sería premiar la falta de cuidado con que COLPENSIONES, resuelve las solicitudes de pensión de sus afiliados y que por culpa de esa Administradora, no ha podido disfrutar la actora; que, si bien el reconocimiento de la pensión de invalidez, se hace en virtud de un criterio jurisprudencial, ésta ha sido pacífica, reiterada y de la cual COLPENSIONES, ya debería dar aplicación, más aún cuando la buena o mala fe, no intervienen en el presente asunto.

COLPENSIONES, por su parte, insistió en que la demandante, no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, particularmente en relación con el número mínimo de semanas cotizadas entre marzo de 2006 y marzo de 2009.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la demandante, insistió en que cumple con los presupuestos jurisprudenciales para acceder a la pensión de invalidez, pues, está calificada con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% exigido por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y cuenta con más de 26 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

COLPENSIONES, solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia y absolver a esa Administradora, de las pretensiones incoadas en su contra, alegando que la señora Concepción Troncoso Arias, no acreditó las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, entre el 13 de marzo de 2006 y el 12 de marzo de 2009; de ahí que, no puede acceder al derecho reclamado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver los recursos de alzada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación presentados por las partes, la Sala deberá determinar la procedencia o no de la pensión de invalidez deprecada por la demandante.

DE LA CALIDAD DE AFILIADA DE LA DEMANDANTE A COLPENSIONES

No fue objeto de discusión que, la demandante se encuentra afiliada a COLPENSIONES, cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, desde el 17 de marzo de 1975 como trabajadora dependiente e independiente,

cotizando a través del régimen subsidiado, hasta el 30 de junio de 2019 (Archivos 01 y 06).

DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ Y DEL CONTEO DE SEMANAS PARA EL CASO DE ENFERMEDADES CRÓNICAS, CONGÉNITAS O DEGENERATIVAS

Insiste COLPENSIONES, en que la demandante, no tiene derecho a la pensión de invalidez, pues, no cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Al respecto, los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 disponen:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración...”

En relación con la fecha para contabilizar las semanas a fin de obtener la pensión de invalidez, en el caso de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1706 de 2023, señaló que, ésta corresponde a la última cotización válida, al considerar el concepto de capacidad residual o a fecha de solicitud del reconocimiento pensional. Al respecto, esta Corporación explicó:

“... respecto de las enfermedades congénitas crónicas o degenerativas que produzcan una pérdida de capacidad laboral superior al 50% como lo es el caso en estudio, la fecha para computar las semanas requeridas para acceder a la pensión no siempre será la de la estructuración del estado de invalidez, pues esta se puede modificar, en el sentido de que, para determinar «el momento real» desde el cual se debe realizar el conteo de las semanas exigidas por la ley aplicable para consolidar el derecho a la pensión de invalidez, se puede acudir también a los siguientes criterios: i) la fecha de emisión del dictamen mediante en el cual se califica el estado de invalidez; ii) la fecha de la última cotización efectuada al sistema; o iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional (CSJ SL1069-2021).

Por lo tanto, si se presenta un caso de pensión por invalidez, siempre y cuando sea por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, debe aplicarse la figura jurídica denominada capacidad laboral residual, para determinar con certeza la real data de la pérdida de capacidad laboral (CSJ SL770-2020, SL5603-2019, reiteradas en SL1069-2021).

ii) Acceso a la pensión de invalidez en el caso de las patologías crónicas, degenerativas y congénitas y las cotizaciones posteriores a la contingencia

Con el propósito de una mayor ilustración, si bien frente al tema se hizo alusión en el acápite que antecede, lo cierto es que la Sala ha prestado especial atención a este tipo de patologías, pues ha señalado que una condición de invalidez no deriva per se en una discapacidad absoluta para poder laborar, en tanto aceptar que dicha contingencia excluye del mundo laboral a estas personas equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral (CSJ SL3610-2020, reiterada en sentencia (CSJ SL4329-2021).

Cabe destacar además que, en relación con el cumplimiento de la densidad de semanas a la fecha de emisión del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, tal como se explicó, se reitera que el citado requisito puede ser analizado con base en la fecha de la última cotización y, adicionalmente, la Sala ha adoctrinado que los aportes que soportan el acceso a la prestación de invalidez se deben derivar de «una efectiva y probada capacidad laboral» con el fin de evitar posibles fraudes (CSJ SL3275-2019). Precisamente, en dicha sentencia la Corporación explicó:

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.
(Énfasis añadido)

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.

Bajo este horizonte, conforme al criterio doctrinal actual de la Sala, debe precisarse, que si bien la regla general es que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, además de una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%, se acredite una densidad de semanas determinadas en un lapso de tiempo específico, acorde con la disposición llamada a aplicar, las que se contabilizan hasta cuando esta se estructure; excepcionalmente, y en razón de

encontrarse frente a enfermedades crónicas, debe darse un tratamiento diferente, posibilitando tener en cuenta aquellas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, o la calenda en que se emitió el dictamen (CSJ SL781-2021 y SL002-2022).

Sobre el tema en debate, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-588-2016, citada en sentencia CSJ SL781-2021, sostuvo:

En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.

Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a las Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.

En estos casos, esta Corte ha precisado que se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, en tanto que, de lo contrario, se impondría a la persona una condición imposible de cumplir y se estarían desconociendo una serie de principios de orden constitucional tales como “(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (v) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe”. Además, con este proceder se estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, pues dicha interpretación es, a todas luces, discriminatoria e implica que las personas con enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, según las circunstancias, no accederán a un derecho pensional.

Con sujeción a las precedentes manifestaciones, se reitera que, ante situaciones sui géneris originadas por este tipo de padecimientos, para efectos de tomar el hito de la estructuración de la invalidez, resulta válido acudir a i) la fecha en que se profiere el dictamen de calificación de la invalidez, ii) la data en que se presenta la reclamación de la pensión de invalidez, o iii) la calenda del último periodo de cotización (CSJ SL 002-2022).

Es que la Corte ha precisado que es el análisis del caso concreto el que permite evitar una defraudación al sistema pensional, las circunstancias que la rodean, y revisar que los aportes efectuados después de la estructuración de la invalidez y en los que se funda la reclamación, sean producto de una verdadera capacidad laboral del afiliado, de tal suerte que la alteración de la data en que la autoridad administrativa dictamina surge la pérdida de capacidad laboral, obedezca a razones probatorias y objetivas que así lo permitan (CSJ SL781-2021

y SL002-2022)...”

Por lo tanto, el reconocimiento de la pensión de invalidez, para aquellas personas en condiciones de especial protección, que padecen una enfermedad crónica, congénita o degenerativa en el tiempo, no será a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, sino de la fecha del dictamen sobre pérdida de capacidad laboral o la última cotización efectuada, previo análisis de la situación particular.

En el presente caso, no existe discusión respecto a la pérdida de capacidad laboral de la demandante, que COLPENSIONES, conforme al dictamen 3499558 del 04 de julio de 2019, determinó en un 60.30%, de origen común, estructurada el 12 de marzo de 2009, por presentar *“Deficiencia por Enfermedad de Parkinson”* y *“Deficiencia por Trastorno Depresivo”*; y, aunque en dicha calificación, COLPENSIONES, indicó que las enfermedades citadas, no eran degenerativas, progresivas y crónicas, lo cierto es que, específicamente la enfermedad de párkinson sí lo es, como se concluyó en la valoración de neurocirugía, que tuvo en cuenta la demandada, al momento de emitir su calificación, de fecha 07 de marzo de 2018, donde consta que, *“se evidencia deterioro de temblor con sialorrea y deterioro en la marcha”* (folio 27 Archivo 01).

Así las cosas, de la confrontación del estado de salud de la demandante, con el reporte de semanas cotizadas por ésta, al Sistema pensional, advierte la Sala, que su enfermedad, no ha truncado la posibilidad de procurarse su digna subsistencia. Por el contrario, persistió en actividades que le permitieron realizar aportes, hasta el 30 de junio de 2019, como se advierte en el reporte de semanas cotizadas, allegado por COLPENSIONES, y que milita en el archivo 06 del expediente digital, por manera que la contabilización de las semanas exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, puede hacerse, como acertadamente lo señaló el Juez de Primera Instancia, a partir de la fecha de la calificación de la pérdida de capacidad laboral emitida por COLPENSIONES, el 04 de julio de 2019, advirtiéndose que, desde esta fecha y tres años atrás, es decir, hasta el 04 de julio de 2016, la actora, cotizó 154,44 semanas, suficientes para satisfacer el requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1 de la Ley 860 de 2003, por lo que, habrá de confirmarse la sentencia apelada, en este sentido.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Alega la parte demandante, que habiendo acreditado el derecho a la pensión de invalidez, no existe razón o justificación válida, para que COLPENSIONES, le haya negado ese derecho, más aún cuando la jurisprudencia ha sido reiterada y pacífica en la posibilidad de efectuar el conteo de semanas, para conceder dicha prestación, teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, cuando el afiliado padece una enfermedad crónica o degenerativa.

Al respecto, advierte la Sala, que, tampoco accederá al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuyo reconocimiento insiste la actora, debe realizarse, teniendo en cuenta que la pensión de invalidez otorgada por el *a quo*, lo es con fundamento en un cambio jurisprudencial, siendo esta una de las excepciones para la imposición de esta sanción, como lo determinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL5673-2021, reiterada recientemente en la SL1248-2023, donde al respecto, indicó:

“...No sobra recordar que si bien es cierto esta Sala de Casación ha señalado que, excepcionalmente, las administradoras de pensiones públicas o privadas se encuentran exoneradas del pago de los mentados intereses moratorios, también lo es que precisó que ello sólo es posible en casos específicos y, se itera, excepcionales, bien sea: i) cuando la administradora de pensiones niega el derecho con apego minucioso a la ley vigente aplicable al caso concreto; ii) cuando el reconocimiento de la prestación obedece a un cambio de criterio jurisprudencial que obviamente dicha entidad no podría prever para la época en que le fue presentada la solicitud prestacional; o iii) cuando la administradora niega la prestación pensional por existir disputa entre sus posibles beneficiarios...”

Además, el Juez de Primer Grado, ordenó la indexación del retroactivo pensional, garantizándole así a la demandante, la actualización de las condenas impuestas, pues, tal corrección es *“equivalente a “la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago” ...”* (Sentencia SL 6114 de 2015).

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por las partes.

Costas en esta Instancia a cargo de los 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 08 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CONCEPCIÓN TRONCOSO ARIAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante y la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de \$650.000.00, a cargo de la demandante y de \$1.300.000 a cargo de COLPENSIONES. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

