



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-001-2019-01120-01. Proceso Ordinario de Pilar Nayibe Rosas López contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de mayo de 2021; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado a Protección S.A., junto con el traslado horizontal efectuado a Horizonte hoy Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a



Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación y se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida en forma automática, actualizando su historia laboral y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 7 de octubre de 1966, cotizando al ISS desde el año 1991 hasta el año 1996 un total de 221.43 semanas; que se trasladó a la AFP Protección el 6 de febrero de 1996, no obstante, la administradora no le informó acerca de las consecuencias de su traslado, tales como el régimen de capitalización, las desventajas de afiliarse al RAIS, no se le hizo una comparativa de los escenarios en los regímenes pensionales; que la **encartada** sabía la densidad de **semanas** que había **cotizado** la demandante **en** el RPM, así como conocía el salario **percibido** por la misma a la fecha de **traslado**, que ascendía a la suma de \$930.000, que equivalía a 6.5 salarios mínimos legales **mensuales**; que se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., administradora que tampoco le informó de las implicaciones de su traslado, ni las ventajas o desventajas de cada régimen pensional; que la demandante **contrató** por su cuenta una asesoría pensional, en la que se dio cuenta que se le brindó un conocimiento falso de la realidad, por lo que elevó petición para anular la afiliación ante Porvenir el 7 de febrero de 2019, situación que también **peticionó** ante Protección y Colpensiones los días 8 y 9 del mismo mes y año, obteniendo respuestas negativas mediante **escritos** del 18 de febrero 4 de mayo y 9 de febrero de 2019, respectivamente; que a la fecha de radicar la demanda cuenta con 1.367 semanas **cotizadas** **en** su vida laboral.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. AFP y ordenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. **trasladar** los aportes pensionales,



cotizaciones o bonos pensionales, junto con los gastos de administración y cualquier otro emolumento que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora que tuviere en su poder y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Así mismo, autorizó a Colpensiones a reclamar mediante la vía judicial el valor de los perjuicios que pueda sufrir al momento del reconocimiento del derecho pensional de la demandante.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad legal correspondiente.

La apoderada de la demandada Colpensiones solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra, teniendo en cuenta que del interrogatorio de parte de la demandante y demás pruebas del proceso, se puede establecer que el traslado fue con voluntad de la cotizante y por ello no se puede anular la afiliación y condenar a Colpensiones a recibir los aportes para activar la afiliación en el RPM, a tal punto que suscribió los formularios con las entidades privadas, ratificando su voluntad de pertenecer al régimen, así como, que la afiliada no cuenta con un derecho adquirido que le permita retornar al régimen conforme con normativa vigente; que es persona con plena capacidad lo que permite establecer su permanencia. De igual forma, con el interrogatorio de parte se



logra evidenciar que tuvo acompañamiento y asesoría permanente, de lo que se puede concluir que pudo dilucidar las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS. Finalmente, en caso de confirmarse la decisión, solicita se ordene la devolución de las cotizaciones, rendimientos financieros y demás emolumentos de la cuenta de la actora, debidamente indexados durante el tiempo que estuvo afiliada en el fondo privado de pensiones, ello en virtud del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

El apoderado de la encartada Porvenir S.A. peticionó revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y se niegue las condenas impuestas, ya que se declara la nulidad con base en una oferta de información de la que no estaba obligada la demandada a brindar la misma a la demandante, de acuerdo con la circular 019 de 1998 emitida por Superintendencia Financiera y tenía como única obligación para materializar el traslado, diligenciar y suscribir el correspondiente formulario, con las normas vigentes y como ocurrió en el caso, de lo que se denota que la obligación se cumplió, así como que el tiempo de permanencia de la actora en el RAIS administrado por Porvenir ha sido decisión libre, voluntaria e informada, ratificada en el tiempo. También para el año de 1996 es importante poner de presente que se cumplieron con preceptos de la información, pues la misma se brindó de forma verbal y bajo lineamientos de la normativa del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. En igual sentido, no es razonable decir que ineficacia fue con falta de consentimiento por vicios en el mismo, ya que porvenir brindó información oportuna y le indicó sobre las implicaciones de su decisión, las características del RAIS, condiciones pensionales, tal como se indica en el formulario suscrito en el año 2001, por lo que en el caso se advierte que se debe tener en cuenta el deber de información y la evolución del mismo, teniendo en cuenta que como se dijo, es un deber que se empieza con Decreto 663 de 1993 y llega hasta 2014 con la Ley 1748, que es la que le impone la obligación de brindar documentos como proyección pensional al momento de la asesoría,



pero para el momento del primer traslado 1996 o 2001, no se debía otorgar documentos de la asesoría y por ello no hay documentos diferentes al formulario de afiliación y por el contrario, la suscripción de los mismos es la voluntad y aceptación de la demandante de pertenecer en el RAIS, después de dar la debida información. Ahora bien, frente a los gastos de administración, conforme al inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina el 3% de la cotización por gastos de administración, pensión de invalidez y pensión de sobrevivientes, estos gastos no forman parte de la pensión vejez y por ello sujetos a la prescripción, de acuerdo con el concepto emitido el 15 de enero de 2020 la Superfinaciera dijo que cuando se dé ineficacia de traslado, los únicos emolumentos a trasladar a Colpensiones son las cotizaciones y rendimientos que generaron, sin hacer pronunciamiento frente a los gastos de administración y ordenarlos, configura un enriquecimiento sin justa causa ya que no hay norma que de forma expresa orden la devolución de los gastos, pues por el contrario, la Ley dice que cuando haya cambio los únicos dineros a trasladar son emolumentos de las cotizaciones y rendimientos, lo que deja ver que la norma tampoco da a entender que se trasladen los gastos de administración y son contraprestación a la AFP por su gestión respecto de los rendimientos de los afiliados por el paso del tiempo y que se ven beneficiados, por lo que se debe declarar la prescripción y cualquier otra suma diferente o rendimientos financieros pues no son valores de los afiliados y no financian pensión de vejez y por ende no son imprescriptibles y sujetos al medio exceptivo.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado



jurisdiccional de consulta, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

¹ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen

la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)"

"...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).



pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y el traslado realizado a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.



Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...*desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrino que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y el traslado realizado a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de



Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. La anterior situación, también cobija a los gastos de administración y demás emolumentos aducidos en el recurso de apelación por la administradora privada, pues los mismos eran parte integral de la cotización, por lo que no pueden ser descontados o desconocidos mediante la declaratoria del medio exceptivo.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y cualquier otro descuento realizado sobre la cotización efectuada por la afiliada, como quiera que si bien los mismos están consagrados en la ley 100 de 1993, también lo es, que se reitera, que quien debe sufrir y asumir



los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Aunado a lo anterior, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, en los mismos términos como fue señalado por el fallador de primer grado, sin que se pueda acceder a la solicitud elevada por la administradora del RPM, de que dicha devolución se realice en forma indexada, para mantener la sostenibilidad financiera del sistema, pues por ello, se autorizó la reclamación de perjuicios.

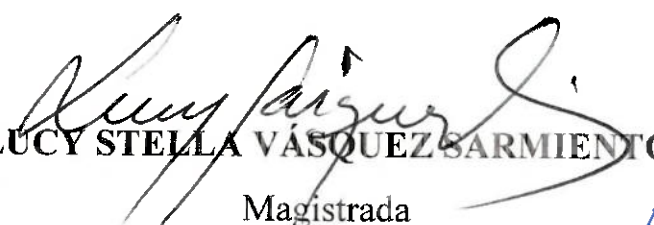
Finalmente, en lo que tiene que ver con la obligación al deber de información y con el 3% de gastos de administración que también se encuentran regulados para el RPM, debe indicarse respecto al primero, que tal obligación se encuentra contenida desde el Estatuto del Consumidor Financiero, que impone brindar la debida información por parte de las entidades a sus afiliados o clientes; y frente a la segunda, debe reiterarse que si bien tal porcentaje se encuentra establecido en la Ley, al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a la situación anterior, por lo que tales gastos deben trasladarse a Colpensiones, pues se entiende que el traslado de la señora Rosas López no existió y por tanto los mismos no se causaron en favor de la administradora privada.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en primera instancia dada la absolución impuesta por el fallador de primer grado y las de esta instancia a

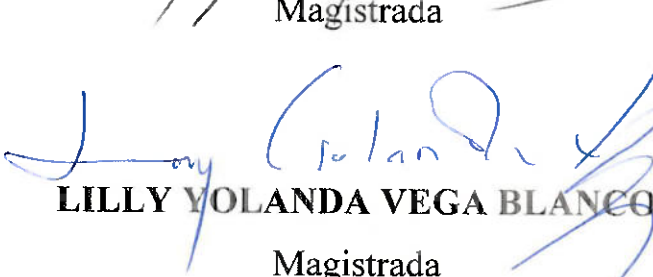
cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO:** Sin costas en primera instancia y las de esta instancia a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; inclúyanse como agencias en derecho, la suma de \$600.000.00, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de Septiembre de dos mil veintiunos (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05-018-2019-00311-01 Proceso Ordinario
Apelación de sentencia María Helena Fernanda del Niño Jesús Ospina
Londoño contra Administradora Colombiana de Colpensiones y Otros.**

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 26 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES:

/

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad debido a la fraccionada e incompleta asesoría; se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar todos los aportes que se efectuaron en su favor junto con los rendimientos financieros, a Colpensiones, como consecuencia de ello



se condene a esta última a aceptar y recibir el traslado de sus aportes y a activar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, expresó que nació el 10 de marzo de 1960, que se encontraba afiliada al entonces Instituto Seguro Social en donde cotizó un total de 610 semanas, hasta el año 1994 cuando se trasladó de régimen pensional a Porvenir S.A.

Indicó que al momento de realizar su traslado de régimen pensional el asesor de la AFP Porvenir S.A., le informó que trasladándose a esa AFP tendría una cuantía de pensión mucho mejor, que podría pensionarse a cualquier edad, con el monto de pensión que quisiera.

Adujo que solo le informaron de las ventajas que tendría al realizar el traslado de régimen pensional, omitiendo toda la información y correcta asesoría que debía brindarse para tomar la mejor determinación.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones¹ adujo que la demandante se encuentra dentro de la prohibición que establece el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen pensional, y no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar en cualquier tiempo. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de que denominó: inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, y buena fe.

¹ Cfr fls 54 a 60.



Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.², indicó que la afiliación realizada por la demandante es válida al haber sido producto de la decisión libre, voluntaria y sin presiones de hacer parte del RAIS, y que recibió la información de acuerdo con lo dispuesto en la ley vigente para la fecha de la afiliación. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

Frente a dichas súplicas, el *a quo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir S.A., sociedad a la que le ordenó trasladar a Colpensiones los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración; y le ordenó Colpensiones a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual.

Inconformes con la determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación los cuales les fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colpensiones adujo que en el presente asunto se advierte que la demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y que en razón a esa circunstancia a la fecha no es procedente su retorno al régimen de prima media con prestación definida.

Indicó que la demandante manifestó que se trasladó de régimen en forma voluntaria, lo que afirma se constata con las cotizaciones efectuadas al fondo privado y su permanencia en el mismo por más de 20 años.

² Cfr fls 82 a 108.



Sostiene que al respecto la Corte Constitucional en innumerables pronunciamientos a indicado que el impedir el traslado de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión; obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones ya asegurar de esa forma el pago futuro de las pensiones de sus afiliados.

Añadió que de acuerdo con la aclaración de voto del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno dentro de la sentencia SL1452 de 2019, la ineficacia del traslado no puede ser predicada en todos los casos y no puede declararse manera automática, puesto que deben ser evidentes las falencias o la posible inexistencia de un consentimiento informado, lo cual no es evidente dentro del presente asunto.

Afirma que se demostró que la demandante acude al presente proceso para generar un retorno al régimen de prima media, al no encontrarse de acuerdo con su situación pensional que le otorga el fondo privado, lo que no es jurídicamente admisible de acuerdo con lo indicado en la aclaración de voto en cita; y que la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado afecta el principio de sostenibilidad financiera.

Por su parte el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. aduce en primer término que no comparte la decisión conforme con la cual el formulario de afiliación no es suficiente para tener por demostrado el deber de información, en tanto que el mismo se encontraba aprobado para la fecha en que se produjo el traslado de la demandante por la otrora Superintendencia Bancaria de Colombia, de manera que al momento en que la demandante lo suscribió aceptó todas las características que ofrece el régimen de ahorro individual.

Respecto de la inversión de la carga de la prueba aduce que la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá ha indicado en varios pronunciamientos, que la misma no puede aplicarse a plenitud, de la supuesta falta de información o la información errónea que se suministró al momento de la afiliación solo existen los dichos de los demandantes, pues para el año 1994 su representada no tenía ningún deber legal de documentar la información que suministraba a sus potenciales afiliados y al público en general, siendo las mismas de carácter verbal, pero que no por esta razón pierden su carácter de asesorías.

Aduce en el mismo sentido, que la suscripción del formulario de afiliación es prueba suficiente de que la asesoría fue real y tuvo información clara, completa, comprensible y oportuna, para que la demandante consolidara el traslado de régimen pensional; máxime cuando la demandante confesó haber tenido una asesoría previa a su traslado por aproximadamente 40 minutos, y ello deja demostrado que sí existió una asesoría en la que se le dio una información a la demandante y que en virtud de la misma se trasladó re régimen pensional porque le generó confianza la información que recibió.

Sostiene que se debe tener en cuenta la motivación de la demandante para trasladarse de régimen, pues a pesar de que hace alusión a la falta de información , también indicó que en el régimen de prima media su mesada pensional sería superior a la que podría recibir en el régimen de ahorro individual, lo que a su juicio deja claro que su motivación es netamente económica y no puede hablarse de desventajas o de un perjuicio por estar afiliada en un régimen o a otro, ya que ofrecen características diferentes que permite que coexistan.

Finalmente en relación con la condena a devolver lo que recibió por gastos de administración, aduce que dicha comisión se encuentra autorizada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que no se destinan a financiar las



pensiones de los afiliados, sino que son una contraprestación a las administradoras de pensiones por la gestión que realizan con los recursos de los afiliados; y que su reembolso a favor de Colpensiones constituye un enriquecimiento sin causa a favor de esta entidad, quien se beneficiaría de los mismos sin haber realizado ninguna gestión por la administración de dichos dineros.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Respecto a la falta de información o al deber de información, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias



que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición que fue

³ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, contrario a lo que plantea el apoderado de la AFP Porvenir S.A. para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional; de igual forma es importante recalcar que, tal como lo consideró el servidor judicial de primer grado, en estos eventos acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El solo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo

de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.



meramente escritural o formal; por ende ninguna incidencia tiene el hecho que la demandante al absolver interrogatorio de parte hubiere aceptado que lo suscribió el formulario de afiliación en forma libre y voluntaria.

En tal sentido corresponde poner de presente que no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, las obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación han tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por consiguiente, no se requiere la acreditación de dolo para su aplicación, pues tal como lo indicó la alta Corporación del trabajo, el precepto expresamente hace referencia a cualquier forma de violación.

En este punto considera la Sala oportuno indicar que, a pesar de que al momento de absolver interrogatorio de parte, la accionante igualmente, que vio la necesidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida cuando se le dio a conocer el monto de la prestación de vejez en el



RAIS, y ello puso de presente la motivación económica de tal determinación, también lo es que ello no impide declarar la ineficacia de su traslado, pues lo que esa circunstancia denota es que fue ese el momento y la forma en que advirtió que no se le explicó con suficiencia las condiciones en que le sería reconocido el derecho pensional en el RAIS y que por tanto, que se le había engañado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones, ser beneficiario del régimen de transición o el tiempo permanencia en el RAIS, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante se encuentra afiliada a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.



En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social*” lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, en tanto se aduce por parte de la apoderada de Colpensiones que el traslado de la demandante transgrede el principio de estabilidad financiera, debe advertirse que esta entidad cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

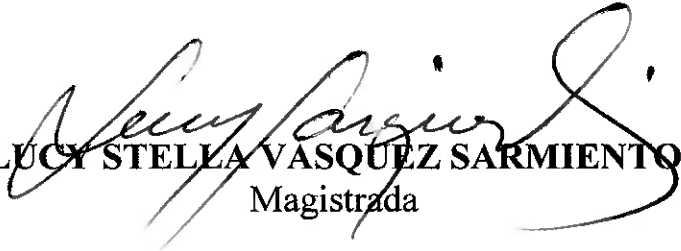
RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia.

SEGUNDO AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Sdvo. Vto.
goreiel*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-018-2019-00370-01. Proceso Ordinario de Martha Rocío Díaz Ortiz contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá el 1º de junio del 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, declarar la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., y como consecuencia se ordene trasladar a Colpensiones los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales, frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y las costas del proceso.

Ref. Radicación N° 110-01-31-05-018-2019-00370-01. Proceso Ordinario de Martha Rocio Díaz Ortiz contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

Como sustento de sus pretensiones afirmó la demandante, que la demandante ha efectuado diversos aportes afiliándose al ISS desde el 29 de noviembre de 1980; que se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. en el mes de junio de 1996, bajo el sustento que podría pensionarse a más temprana edad y con un monto superior, ya que no podría adquirir la pensión de jubilación ni en el ISS o Cajanal por cuanto estaban quebrados y no tendrían capital para asumir la prestación, entidades que estaba próximas a desaparecer; que no se le informó sobre los efectos del cambio de régimen, ni las consecuencias para el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el derecho de retracto con el que contaba, así como tampoco el plazo máximo para retornar antes de cumplir 45 años; que cuando la demandante cumplió los 57 años, elevó petición ante Porvenir S.A., solicitando se expidieran las copias de los documentos que comprobaban el consentimiento de la demandante y la libertad informada, en especial los que referían a los alcances positivos, los alcances negativos referentes al traslado de régimen, los beneficios del mismo, el monto de la pensión, y que en caso de no contar con tal información, se aportara los documentos referentes a las asesoría, la proyección del valor de la pensión, copia de la historia laboral y de la hoja de visa del asesor que efectuó la asesoría al momento del traslado; que la demandada en respuesta a la petición manifestó que el asesor comercial le brindó información respecto al traslado, sin que exista documento que lo acredite, así como que sus asesores contaban con la capacitación respectiva, que no era posible hacer la proyección en su momento por no contar con los aportes y que a la edad de 57 años el valor que se encuentra en la cuenta de ahorro individual la suma de \$113.568.327 y el monto del bono pensional es por la suma de \$122.140.399; que elevó solicitud de traslado ante Colpensiones el 12 de marzo de 2019, la que fue negada en la misma fecha, bajo el sustento que le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; que de conformidad con el Decreto

Ref. Radicación N° 110-01-31-05-018-2019-00370-01. Proceso Ordinario de Martha Rocio Díaz Ortiz contra Calpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

2196 de 2009, se dispuso que todos los afiliados no pensionados de Cajanal debían trasladarse al ISS.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* absolvió a la demandada de toda y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante. Lo anterior, por cuanto consideró que con el interrogatorio de parte efectuado a la actora se lograba concluir que en efecto se brindó la información pertinente y suficiente para el traslado de régimen pensional, por lo que no se acreditaban los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de traslado.

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se concedan las súplicas de la demanda, al considerar que se dio aplicación a la confesión, en el entendido que la demandante se iba apensionar al cumplir los 55 años, no obstante, no solo se trataba de dar un alcance de información positivo, sino también inmediato, pues no se le informó que su ahorro y mesada dependería de las tasas de intereses de los negocios que efectuara la administradora, así como, que su mesada pensional sería inferior al salario que percibía y menos que iba ser equivalente al mínimo, advirtiéndole, que nunca se puso de presente los alcances negativos del traslado, sino tan solo los positivos, otorgándose una simple expectativa realizada en el año 1996, no obstante, era el fondo de pensiones quien debía indicar a sus futuros afiliados tanto las cosas positivas, como negativas de su decisión, más aún, cuando como lo refiere la propia demandante en su interrogatorio, nunca fue informada de una desventaja en el RAIS, enfatizando, que si bien llegaban los desprendibles respectivos, la actora se fijaba únicamente en la cantidad de semanas que debía acreditar para la obtención del derecho pensional.

Ref: Radicación N° 110-01-31-05-018-2019-00370-01, Proceso Ordinario de Martha Rocio Díaz Ortiz contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

Aunado a lo anterior, advierte que si bien era asesora en la empresa que laboraba y sabía de temas contables, ello no puede generar como consecuencia automática, el conocimiento de los dos regímenes pensionales, invirtiéndose la carga de la prueba a la demandante, esperando que ella tenga conocimientos jurídicos del régimen pensional, siendo que tal obligación se encuentra radicada en los fondos de pensiones, entidad que al momento de contestar la demandada, admitió que no contaba con la documental o medio de prueba alguno, de la que se pueda constatar que en efecto brindó la debida, clara y completa información del traslado, carga probatoria que conforme como lo ha adocinado la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se encuentra en cabeza de las administradoras de pensiones.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de

esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellos no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propios de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...Igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

Ref: Radicación N° 110-01-31-05-018-2019-00370-01. Proceso Ordinario de Martha Rocio Diaz Ortiz contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad tuvo el deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las demandadas Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Provenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., debieron consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la

demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del Trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, considera la Sala igualmente oportuno señalar, que la máxima Corporación de Justicia Laboral adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, motivo por el que se ha de declarar la ineficacia del traslado.

Por consiguiente, la Sala declara la ineficacia de la afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Provenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos los gastos de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se revocará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Ref.: Radicación Nº 110-01-31-05-018-2019-00370-01. Proceso Ordinario de Martha Rocío Díaz Ortiz contra Compensaciones y Otros (Apelación Sentencia).

Ahora bien, debe indicarse que no se comparte la conclusión a la que arribó el fallador de primer grado referente a que como la actora conocía ciertos presupuestos del RAIS, que fueron otorgados mediante las visitas realizadas a su sitio de trabajo, tenía el conocimiento íntegro de los regímenes pensionales, pues contrario a ello y tal como lo indica el apoderado de la parte actora, tan solo se le informó acerca de los beneficios de su traslado, más no lo concerniente con los perjuicios que acarrearía su decisión, por lo que se debe reiterar, que la información que debieron brindar las administradoras de pensiones era oportuna, clara y en especial completa, para que de esta forma el futuro afiliado, pudiese optar por el régimen pensional que mayores ventajas le representara, situación que se acompasa con la carrera profesional de contadora que ostenta la actora, pues el fin último de la persona es obtener el derecho pensional, sin embargo, quien tiene el conocimiento y experticia suficiente en la administradora del RAIS.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancia únicamente a cargo de las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Provenir S.A. y de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante MARTHA ROCÍO DÍAZ ORTIZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrada

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-018-2019-00370-01- Proceso Ordinario de Martha Rocío Díaz Ortiz contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

con HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. HOY SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A., así como el traslado horizontal efectuado a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO.- ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, a realizar el traslado del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del valor de saldos, aportes, rendimientos y gastos de administración, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la historia laboral de COLPENSIONES. **TERCERO. ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos ordenados en el numeral anterior, activando la historia laboral en tal régimen. **CUARTO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de las encartadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Provenir S.A. y de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; para su tasación inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-018-2019-00370-01. Proceso Ordinario de Martha Rocío Díaz Ortiz contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solvo voto porciel*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 026 2019 00745 01. Proceso Ordinario Carlos Aníbal Villamizar Gamboa contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 29 de abril de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al no habersele proporcionado por parte de ésta una información completa y comprensible acerca de su traslado, y que debe estar afiliado al régimen de prima media



con prestación definida; se condene a la AFP Porvenir S.A. al traslado de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad a Colpensiones y como consecuencia de ello se ordene a esta última a aceptar dichos aportes y a registrarlo como su afiliado sin solución de continuidad desde el 14 de abril de 1992.

Como sustento de sus pretensiones, expresó en síntesis que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 14 de abril 1992, en donde aportó un total de 102 semanas hasta el 17 de junio de 1994, data en la cual se trasladó a la AFP Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Señaló que la persona que lo asesoró no elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el bono pensional y le entregó una información sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado y recibir la comisión correspondiente.

Añadió que de acuerdo con la información suministrada suscribió el formulario de afiliación, y que antes de que cumpliera los 52 años de edad no se le asesoró acerca de la oportunidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones¹ adujo en su defensa que al demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP Porvenir S.A. y no acreditó error, fuerza o dolo en la afiliación. Propuso las excepciones que denominó: prescripción y

¹ Cfr fls 64 a 72



caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.², indicó desconocer las circunstancias y la información de tiempo modo y lugar en que se efectuó el traslado; sin embargo indicó que el mismo no se realizó contra prohibición de carácter legal y se realizó de forma libre y voluntaria con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Prospuso en su defensa las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, debida asesoría del fondo, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; condenó a la AFP Porvenir s.a. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de administración, y condenó a Colpensiones a aceptar dicha transferencia y contabilizar las semanas cotizadas por el demandante.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el recurrente se revoque la sentencia recurrida, y que en su lugar absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la

² Cfr fls 84 a 90.



demanda; para lo cual aduce en primer término que no es procedente declarar la ineficacia del traslado en tanto que sí se cumplió con el deber de información que exigía la normatividad vigente para el momento en que el mismo se efectuó en forma verbal y que no se le puede obligar a aportar documentos que para la fecha del traslado no le eran obligatorios como una simulación pensional.

Aduce en similar sentido que la ineficacia del traslado no está dada por una falta de consentimiento o por vicios en el mismo toda vez que su representada brindó al demandante una asesoría oportuna donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, así como el funcionamiento del régimen de ahorro individual y las condiciones pensionales, y que de ello da cuenta la suscripción del formulario de afiliación.

De otra parte sostiene que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, porque tales recursos no forman parte integral de la pensión de vejez y por esa razón se encuentran sujetos a prescripción, y porque además también se descuentan en el régimen de prima media con prestación definida, motivo por el que su traslado a Colpensiones genera un enriquecimiento sin causa a favor de dicha entidad.

Afirma que la Superintendencia Financiera en concepto del 15 de enero de 2020, expresó que en los eventos que surgiera una ineficacia del traslado los únicos dineros con destino a retornar a la cuanta del afiliado serían los dineros concernientes a las cotizaciones con sus rendimientos sin que se diera una devolución de la prima de seguro previsional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

Agrega que el artículo 113 literal b de la Ley 100 del 1993 establece que los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional,



son los correspondientes al saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos sus rendimientos financieros.

GRADO JURIDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primer grado resulta adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas



implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas³, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

³ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)”.

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).



Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que, las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la afirmación del accionante constituye una negación indefinida.

Por tanto contrario a lo que plantea el apoderado de la AFP Porvenir S.A., el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos



cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, en el sentido que son los hechos y las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho por virtud de las simples manifestaciones verbales o por sus acciones, las que deben ser reveladas sobre la apariencia de lo que se encuentra en un documento; de suerte que no le basta a la demandada con ampararse en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que al momento del traslado se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales el demandante podía acceder a dicho monto pensional, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto establecía el Decreto 663 de 1993 para el momento de la afiliación, pero se reitera no hay medio de convicción del cual se posible que se suministró dicha información a lo sumo en forma verbal.

Así las cosas, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor



que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha adoctrinado que al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., lo cual apareja retrotraer la situación al estado en que se hallarían las partes si el acto no hubiera existido jamás.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colpatria, a la AFP Porvenir S.A. a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones, ser beneficiario del régimen de transición o el tiempo permanencia en el RAIS, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.



Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha el demandante se encuentra afiliado a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En este punto corresponde indicar que aun cuando los rubros destinados a cubrir los gastos de administración no forman parte de los recursos con los que se cubren los riesgos de vejez, la invalidez y la muerte; también lo es, que en tanto la obligación de su traslado surge con ocasión a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación la cual se produce en esta oportunidad, no es procedente declarar probada la excepción de prescripción.

Finalmente, en virtud del conocimiento de la decisión de primer grado en el grado jurisdicción de consulta advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.



Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

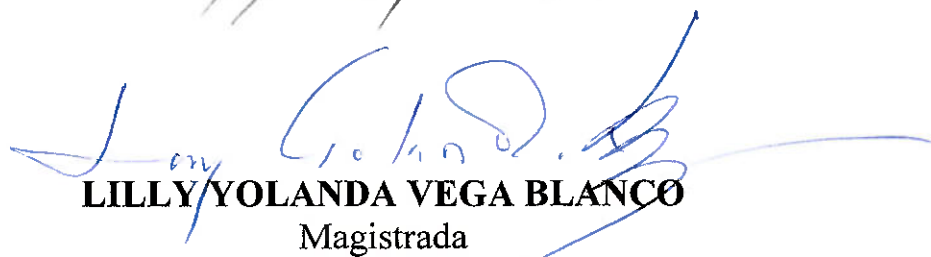
PRIMERO.- - AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar, ya sea por vía ordinaria o administrativa, los perjuicios que ocasione el reconocimiento del derecho pensional a parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida

TERCERO.-. COSTAS a cargo de la AFP Porvenir S.A., para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$300.000,00 .

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Salvo voto
parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 029 2019 00407 01. Proceso Ordinario Luz Marina Alvarado Morales contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 24 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de la nulidad del traslado que efectuó el 19 de junio de 2019 a la AFP Porvenir S.A. toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna

acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta; se ordene a Colpensiones a reconocerle el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 24 de enero de 1956, que el 19 de junio de 2000 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sin que en dicha oportunidad le fuera suministrada información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en uno y otro régimen de pensiones.

Indicó que el 8 de julio de 2014 retornó al régimen de prima media con prestación definida, en donde se le reconoció una pensión de vejez el 12 de septiembre de 2016, bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, en cuantía de \$1'579.038,00.

Agregó que para el 25 de julio de 2005 contaba con 845 semanas de cotización y que acumuló un total de 1.188.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda oportunamente en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.¹ adujo que al momento de la afiliación le suministró para ello en forma verbal una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz; cumpliendo con las exigencias establecidas en la otrora Superintendencia Bancaria, hoy Financiera. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, entre otras.

¹ Cfr fls 47 a 52.

Por su parte Colpensiones² aceptó que la demandante estuvo afiliada al régimen que administra entre los años 1992 y 2000, sin embargo se opuso a las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que no existe dentro del plenario prueba de que se hubiere hecho incurrir en error a la demandante. Propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1º de agosto de 2000 y como consecuencia de ello reconoció que tiene derecho a conservar los beneficios del régimen de transición y ordenó a Colpensiones tener en cuenta dicho régimen al momento del reconocimiento de la pensión de vejez.

Para arribar a la anterior determinación consideró, luego de precisar que al presente asunto no es posible dar aplicación al criterio sentado por la H. Corte Suprema de Justicia relacionada con la imposibilidad de declarar la ineficacia de la afiliación a pensionados, en tanto que la demandante se encuentra pensionada en el régimen de prima media con prestación definida; acogió el criterio sentado por esta misma Corporación desde el año 2008, relativa a la ilustración de los futuros afiliados respecto de las ventajas, desventajas y demás condiciones particulares de cada uno de los regímenes especialmente a los beneficiarios del régimen de transición y concluyó que en el asunto a pesar de las inconsistencia en que incurrió al demandante al absolver interrogatorio de parte, lo cierto es que siendo carga probatoria de la parte demandada, no se acreditó el cumplimiento de

² Cfr fls 105 – 123.

la referida obligación, en especial lo relativo al régimen de transición del cual era beneficiaria la demandante.

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los cuales les fueron concedidos.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. indicó al efecto que no le asiste razón a la juez de primer grado al declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante en cuanto que su representada para ese momento no tenía la obligación de brindar una información soportada en documentos; sino de acuerdo con lo dispuesto en la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, con el correspondiente diligenciamiento del formulario de afiliación, tal como ocurrió en el presente asunto.

Aduce que tampoco es razonable declarar la ineficacia del traslado de acuerdo con la falta de información, teniendo en cuenta que no se aportaron documentos para el momento del traslado, conforme a los lineamientos de la Ley 1748 de 2014, motivo por el que no se le puede exigir que aporte documentos para el momento del traslado, pues conforme los lineamientos de la Ley 100 de 1993 las asesorías se prestaban de forma verbal

Agrega que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se advierten contradicciones en sus respuestas y que en razón a ello no se puede deducir que se haya prestado una excelente información al momento del traslado y que se hubiere engañado a la demandante, al momento de su afiliación al régimen de ahorro individual.

Por su parte el apoderado de Colpensiones solicita se revoque la decisión de primer grado y absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; para lo cual aduce que es claro que en el presente asunto se reconoció pensión de vejez a la demandante y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición, las personas que se trasladan al régimen de ahorro individual con solidaridad y que posteriormente retornen al régimen de prima media como es el caso de la demandante no tienen derecho a conservar el régimen de transición.

De otra parte señala que si bien de la historia laboral de la demandante era posible establecer que para el 1° de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, también lo era que tan solo contaba con 323 semanas, tiempo que era insuficiente para conservar el régimen de transición, el que de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes contaran con más de 750 semanas para su entrada en vigencia, pero que la demandante contaba solo con 640,38 semanas y por tanto solicita se verifique dicho cómputo.

GRADO JURIDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primer grado resulta adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, si en virtud del mismo tiene derecho a conservar el régimen de transición que establece la Ley 100 de 1993.

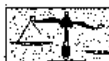
Al respecto es del caso tener en cuenta que, la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas³,

³ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que, contrario a lo que plantea la apoderado de Colpensiones, las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz

naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)"

"...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).

sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la afirmación del accionante constituye una negación indefinida.

Por tanto contrario a lo que plantea el apoderado de la AFP Porvenir S.A., el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, en el sentido que son los hechos y las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho por virtud de las simples manifestaciones verbales o por sus acciones, las que deben ser reveladas sobre la apariencia de lo que se encuentra en un documento; de suerte que no le basta a la demandada con ampararse en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió ofrecer a la demandante una información



clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que al momento del traslado se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a dicho monto pensional, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto establecía el Decreto 663 de 1993 para el momento de la afiliación.

Así las cosas, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha adoctrinado que al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de

1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”* por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., lo cual apareja retrotraer la situación al estado en que se hallarían las partes si el acto no hubiera existido jamás.

En este punto considera la Sala oportuno precisar que aun cuando no desconoce el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL373 de 2021, tal como lo consideró la servidora judicial de primer grado, el mismo no es aplicable al presente asunto, en tanto que parte de supuestos fácticos diferentes, pues en el presente asunto el derecho pensional de la demandante fue reconocido por Colpensiones y el aspecto que consideró la alta Corporación del trabajo en la referida decisión para negar la ineficacia de la afiliación fue la imposibilidad de trasladar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida a quien había sido pensionado en el RAIS.

A pesar de que no es objeto de discusión que la demandante a la fecha se encuentra afiliada a Colpensiones, y por ende los recursos que tenía en su cuenta de ahorro individual fueron trasladados a dicha entidad; de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, y en forma más reciente en la sentencia SL4360 de 2019, es procedente ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el traslado de las sumas que recibió por concepto de gastos de administración mientras que la demandante fue su afiliada; en tanto que de acuerdo con el referido criterio los efectos jurídicos de la ineficacia del traslado no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, motivo por el que se adicionará la decisión de primer grado en este sentido.

En este punto corresponde indicar que aun cuando el retorno de la demandante al régimen de prima media con prestación definida se produjo en el año 2014; no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que la declaratoria de la ineficacia del acto se produjo con la presente decisión.

Ahora bien, en relación con la solicitud que eleva el apoderado de Colpensiones relativa a la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a la demandante, es del caso tener en cuenta que de acuerdo con la historia laboral del 11 de julio de 2016 obrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones⁴, para el 29 de julio de 2005 la demandante contaba con un total de 869,33 semanas; razón por la que en los términos del párrafo transitorio 4 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 tenía derecho a la conservación del régimen transición hasta el año 2014, data para la que contaba con 58 años de edad y más de 1200 semanas; razón por la que ningún reproche merece la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado.

Finalmente, en tanto que la declaratoria de la ineficacia del traslado apareja el reconocimiento de la prestación de acuerdo con el régimen de transición, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que le ocasione tal circunstancia y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declara y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que también se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

⁴ Cfr fl 53. GRP-SCH-HL-2016_7892027-20160711022954.PDF

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

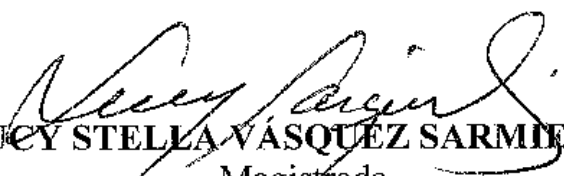
PRIMERO.- - ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **ORDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que efectúe el traslado a Colpensiones de las sumas que descontó por concepto de gastos de administración con ocasión a la afiliación de la demandante.

SEGUNDO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar, ya sea por vía ordinaria o administrativa, los perjuicios que ocasione el reconocimiento del derecho pensional a parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Lilly Yolanda
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

Luis Agustín

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Solus voto
parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-031-2021-00041-01. Proceso Ordinario de Elizabeth Roa Rojas contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de julio del 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida a ING Pensiones y cesantías hoy Protección S.A, y se ordene trasladar a Colpensiones los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales y los rendimientos financieros, teniendo como afiliada sin solución de continuidad y las costas del proceso.



Como sustento de sus pretensiones afirmó la demandante, que realizó aportes de forma interrumpida al ISS por las anualidades comprendidas entre el año 1985 al año 1996, período en el que cotizó un total de 217.86 semanas; que la AFP ING llevó a cabo reunión con los trabajadores de la sociedad Nature Sunshine Products de Colombia S.A., en la que se le informó que las reservas del ISS se estaban agotando y los afiliados no tendrían derecho a la pensión, por lo que el Estado creó las administradoras privadas, quienes incrementarían en un 50% el monto de lo ahorrado, que al ser privado no se perderían sus aportes, garantizando los derechos del afiliado y su familia, no obstante, nunca informaron los requisitos para obtener el derecho pensional, por lo que realizó su traslado, no obstante, con posterioridad se le informó que no podía retornar al RPM; que la demandante ha cotizado un total de 1.379,29 semanas cotizadas a marzo de 2020; que elevó petición ante Colpensiones solicitando la nulidad de traslado el 26 de junio de 2020, la que fue desatada de forma desfavorable mediante oficio del 2 de julio de la misma anualidad, situación que también fue solicitada respecto de Protección S.A. el 8 de julio de 2020, que fue resuelta negando la petición mediante escrito del 17 del mismo mes y año, las que tuvieron como sustento, que no se acreditaba la vulneración de los vicios del consentimiento y por tanto la afiliación era válida; que con proyección de Protección S.A., se le informa a la demandante que obtendría un derecho pensional a los 57 años por la suma de \$1.308.939, no obstante, en Colpensiones a la misma edad la mesada pensional por el monto de \$4.286.674.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante. Lo anterior, por cuanto consideró que el acto jurídico cumplió con los requisitos de validez con ocasión del cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y lo que establecía la Superintendencia Bancaria; que la actora, además en su interrogatorio de



parte manifestó que se le brindó la información necesaria para el año 1997, que no era otro que debía acreditar un capital para la pensión, que contaría con una cuenta de ahorro propia y no serían colectivos como los aportes del ISS y que si bien indicó que no sabía de los aportes voluntarios, ello quedaba descartado con el formulario de afiliación.

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se concedan las súplicas de la demanda, al considerar que la nulidad de traslado e ineficacia de la afiliación se origina por la falta del deber de información, pues las administradoras de pensiones tienen un carácter profesional que impone deber de suministrar toda la información consagrada en vigencia de Ley 100 de 1993, quienes tienen el deber de gestión desde etapas previas y preparatorias a la afiliación. Aunado a ello, el deber de información no surgió hace poco como lo pretenden demostrar las AFP, sino desde la Ley 100 de 1993, ya que al tener una función pública debían actuar de forma idónea respecto de los aportes que los ciudadanos le confieren y son quienes deben cuidar los aportes y la pensión del afiliado. Que la información debe ser clara, precisa y entendible, situación que brilla por ausencia, pues no hay prueba de que se haya dado y si bien se resalta en el interrogatorio de parte sobre las semanas, el traslado de las mismas y corrección de historia laboral, igualmente eran semanas que sabía que no cotizó en la AFP y por ello las solicitó; en lo concerniente con bono pensional, la demandante habla de que el seguro social era bolsa común, pero no se dio información completa, pues solo se informó respecto de los rendimientos positivos que generaba su ahorro, pero no así, respecto de los rendimientos negativos, que generarían una disminución en su mesada pensional, situación que fue comunicada por un asesor en el año 2018 a la actora, por lo que la misma subió su sueldo, para obtener el derecho pensional, sin embargo, ya no se podía desvirtuar o sacar del error a la actora.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellos no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.”

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad tuvo el deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda

público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional".



alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada ING Pensiones y Cesantías hoy la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.



Ahora bien, considera la Sala igualmente oportuno señalar, que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, motivo por el que se ha de declarar la ineficacia del traslado.

Por consiguiente, la Sala declara la ineficacia de la afiliación a ING Pensiones y Cesantías hoy la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver



al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que no se comparte la decisión a la que arribó la falladora de primer grado en lo atinente con que se convalidó la afiliación con ocasión de los múltiples traslados que realizó la actora en el RAIS, pues si bien obtuvo un conocimiento mayor acerca de dicho régimen pensional, también lo es, que la falta de información se materializa en el momento de efectuarse el traslado o afiliación primigenia, pues es en dicha actuación que el afiliado debe tener la totalidad de la información para decidir en cuál régimen pensional afiliarse. Así mismo, por cuanto si bien la señora Elizabeth Roa Rojas en su interrogatorio de parte manifestó conocer algunas de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como que iba a contar con una cuenta de ahorro individual que se sostendría con sus aportes, así como que incrementó el monto de su IBC para obtener el derecho pensional y que los aportes en el Instituto de Seguro Sociales hoy Colpensiones eran un fondo común, entre otras, también lo es, que de su dicho no se logró acreditar que se le hayan mencionado las desventajas de pertenecer al mismo o incluso haberse

efectuado comparativas entre el RAIS y el RPM, de las que se pudieran concluir, el régimen más beneficioso para la demandante.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancia únicamente a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

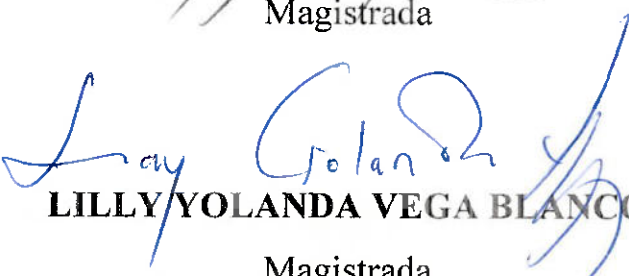
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la Sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ELIZABETH ROA ROJAS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrada con la ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO.- ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a realizar el traslado del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el valor de saldos, aportes, rendimientos y gastos de administración, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la historia laboral de COLPENSIONES. **TERCERO. ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos ordenados en el numeral anterior, activando la historia laboral en tal régimen. **CUARTO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que



ocasiona el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de la encartada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; para su tasación inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY/YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solve pto porciel*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiunos (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05.032.2019.00178.01 Proceso Ordinario
Apelación de sentencia María del Carmen Cruz Peña contra
Administradora Colombiana de Colpensiones y Otros.**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 15 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A.; se ordene a Colpensiones a recibir en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a

Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual junto con las sumas que le pueden corresponder por conceptos de bono pensional, intereses y rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de administración.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, expreso que nació el 10 de diciembre de 1965, que se afilió al sistema general de pensiones administrado por el Instituto de Seguros Sociales el 18 de julio de 1983, en cual cotizó un total de 338,29 semanas.

Afirmó que el 27 de abril de 1999 suscribió formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., el cual surtió efectos legales a partir del 1° de junio del mismo año; y que al momento de su afiliación la asesoría brindada por Porvenir S.A. fue deficiente, en cuanto que no se le indicaron las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, así como tampoco se le informó las consecuencias del traslado de régimen frente a su derecho pensional.

Agregó en el mismo sentido que también se omitió por parte de la AFP Porvenir S.A. efectuar una proyección del derecho pensional y/o se establecer escenarios comparativos en los que se determinara un posible valor de su mesada pensional en uno y otro régimen de pensiones, ni se le informó de los requisitos para el reconocimiento del derecho pensional en cada régimen, entre otras condiciones propias del régimen de ahorro individual, pero que debe probarse por parte de la accionante el vicio del consentimiento para determinar si procede su retorno al régimen de prima media. Propuso las excepciones de mérito que denominó: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se pronunció en oposición a las pretensiones adujo en su defensa que el



traslado de la demandante se efectuó de forma libre y voluntaria, y con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laterales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

En audiencia celebrada el 25 de agosto de 2020 el despacho judicial de primer grado declaró probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario propuesta por la AFP Provenir S.A. y se dispuso la vinculación al proceso de la AFP Protección S.A., sociedad que dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones, adujo en su defensa que siempre a obrado de buena fe y que la afiliación de la demandante se realizó completamente libre de vicios del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 27 de abril de 1999 a la AFP Porvenir S.A. así como los traslados que se efectuaron con posterioridad y como consecuencia de ello condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales; igualmente condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que hubiere descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados a favor de la

demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora; y ordenó Colpensiones recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que, de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral, los administrados de fondos de pensiones tienen la obligación de suministrar información clara, completa y veraz acerca de las consecuencias del traslado de régimen y que en el asunto la demandada no acreditó tal situación, pues para ello no basta la suscripción del formulario de afiliación.

Inconformes con la determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación los cuales les fueron concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. adujo que dentro del proceso no se logró probar la existencia de ningún vicio del consentimiento y por tanto el acto jurídico celebrado en el año 1999 tiene completa validez; pues tampoco se logró demostrar alguna de las causales para declarar la nulidad absoluta.

Sostiene que la demandante al absolver interrogatorio de parte confesó que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, y que a su juicio, esta circunstancia resulta suficiente para establecer su voluntad de pertenecer al régimen de ahorro individual y que esa situación se ratifica con los continuos traslados horizontales.

Indica que a pesar de que la demandante niega algunos aspectos, se puede vislumbrar que sí recibió información de los dos regímenes pensionales, la cual fue la adecuada para el momento en que se produjo el traslado.

Afirma que el efecto que se dio a la figura de la ineficacia no es el correcto, pues de acuerdo con la sentencia C-345, de la cual no precisa el año, la Corte da a entender que el efecto de las ineficacias en sentido estricto son los que establecen las leyes, y que en tal sentido el efecto en este caso es el que prevé el artículo 271 que consiste en dejar sin efecto la afiliación y permitir a la demandante retornar al régimen donde deseaba estar afiliada; pues el efecto de retrotraer todo al estado inicial es propio de las nulidades, que es una figura absolutamente diferente al régimen de las ineficacias en sentido estricto.

Cuestiona frente a este punto, que si el efecto de la nulidad es retrotraer las cosas al estado original, esto es, como si nunca hubiera estado en el régimen de ahorro individual, cual es el fundamento jurídico para ordenar el traslado de los ejercicios financieros, pues estos no se generan en el régimen de prima media; que por ende de cara a las restituciones mutuas que establece el artículo 1746 se ordena a su representada la devolución de los gastos de administración, pero no se ordena a la demandante a restituir los ejercicios financieros, lo que a su juicio genera un enriquecimiento sin causa.

De acuerdo con lo anterior solicita se revoque en su totalidad la sentencia impugnada o en su defecto se declare que no es procedente la devolución de los gastos de administración.

Por su parte, la apoderada de la AFP Protección S.A. solicita que se revoque la sentencia proferida solo en el entendido de que no se ordene a su representada la devolución de los gastos de administración a Colpensiones y los costos por seguros previsionales que se descontaron de la cuenta de ahorro individual de la accionante mientras esta estuvo afiliada a dicha entidad.

Aduce al efecto que dichos descuentos se encuentran autorizados en la ley y en virtud de ellos se faculta a los fondos a descontar el 3% de los aportes el cual opera en los dos regímenes pensionales.

Señala que se encuentra acreditado que el certificado de aportes trasladado da cuenta de los rendimientos financieros que se generaron en el tiempo que la demandante estuvo afiliada a su representada; y que por tal razón la determinación relativa a la devolución de los gastos de administración y lo del seguro previsional a la demandante, se está generando un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y de Colpensiones al recibir una comisión que no se destina a financiar la pensión de vejez y que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual.

Agrega que el valor de los seguros provisionales fue pagado a una aseguradora que es un tercero de buena fe, con el propósito de que ante un eventual siniestro se pudiera cubrir el valor de la pensión de vejez de la demandante y que como dicho valor se descontó mes a mes no es posible cobrarlo a la aseguradora, pues nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre su representada y la demandante.

Solicita se tenga en cuenta el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2324 de 2019, en la que luego de acceder a la ineficacia, consideró que las consecuencias de las ineficacias no pueden ser extendidas a los terceros de buena fe, y que la devolución de los aportes no implica una retroactividad plena, de tal forma que debe mantenerse las situaciones consolidadas.

Finalmente indica que la devolución de tales rubros genera un perjuicio a su representada, que en el presente juicio no fueron solicitados ni demostrados, máxime cuando su representada no participó en el traslado primigenio.

Por su parte la apoderada de Colpensiones solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado en tanto que el servidor judicial de primer grado no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que Colpensiones es ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y las AFP demandadas y que todos los actos jurídicos tienen efectos interpartes; y en razón a ello su representada no puede verse afectada ni beneficiada por la decisión que tomó la accionante.

Agrega que la decisión relativa a recibir a la demandante en el régimen de prima media afecta gravemente el equilibrio del sistema, cuya protección se encuentra amparada en el Acto Legislativo 01 de 2005; y que por ende solicita se ordene la AFP que incumplió con su deber legal de información, en este caso la AFP Porvenir, para que reconozca el derecho pensional en los mismos términos que la demandada recibiere si estuviese afiliada al régimen de prima media y no se hubiese trasladado, pues fue la entidad que ocasionó el daño a la demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar, de allí que no sea de recibo el planteamiento expuesto por el recurrente.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SI.4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propios de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema

reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional; de igual forma es importante recalcar que en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse

Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición: la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Ahora, si bien al absolver interrogatorio de parte la demandante indicó que al momento del traslado el asesor le indicó que podía pensionarse de manera anticipada, contrario a lo que plante el apoderado de la AFP Porvenir S.A., tal información en modo alguno permite establecer que se hubiere cumplido con el deber de información, pues a pesar de que dicha información corresponde a una de las características del régimen de ahorro individual, nada se acredita acerca de los requisitos y condiciones para acceder a ellas. Circunstancia que

cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que la Máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, indicó que “... *el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue*”.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993 para el momento de la afiliación.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, por consiguiente, no se requiere la acreditación de dolo para su aplicación, pues tal como lo indicó la alta Corporación del trabajo, el precepto expresamente hace referencia a cualquier forma de violación.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A. en el año 1999 y como consecuencia de ello los traslados que se efectuaron con posterioridad, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia

únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

En este punto es del caso tener en cuenta que si bien la demandante se trasladó al interior del régimen de ahorro individual en dos oportunidades, tal como se advierte en el reporte del SIAFP que aportaron las demandadas; contrario a lo que plantea el apoderado de la AFP Porvenir S.A.; ello en modo alguno permite concluir que hubiere convalidado la eficacia del acto del traslado, pues conforme ha tenido oportunidad de adoctrinarlo la máxima Corporación de Justicia Laboral, los traslados que se efectúen con posterioridad dentro del mismo régimen no aparejan la ratificación de la decisión de cambio de régimen, de esa forma lo señaló en forma más reciente en la sentencia SL2877 de 2020.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, ; de suerte que como a la fecha la demandante se encuentra afiliada a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos

recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Se precisa a la apoderada de la AFP Protección que en tanto no existe determinación de alguna naturaleza en contra de las aseguradoras con quienes se contrató el seguro previsional no es de recibo el argumento conforme con el cual se están vulnerando derechos de terceros de buena fe.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

TERCERO.- COSTAS. Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-034-2019-00349-01, Proceso Ordinario de Luis Eduardo Cardozo Cuellar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá, el 17 de junio de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia o nulidad de su afiliación a la AFP Colfondos, y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con

Ref. Radicación N° 110-01-31-06-034-2019-00349-01. Proceso Ordinario Luis Eduardo Cardozo Cuellar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

todos los rendimientos, bonos y títulos pensionales y se condene a Colpensiones a reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 13 de diciembre de 1960, efectuando sus aportes al ISS a partir del 20 de octubre de 1994, donde cotizó un total de 329.29 semanas; que se trasladó a la AFP Colfondos el 21 de mayo de 20001, cuando tenía 41 años de edad, ya que los asesores le informaron que sus aportes estarían en riesgo en el ISS por la liquidación de dicha entidad, no obstante, no dieron una información veraz, oportuna, pertinente y objetiva, respecto de las consecuencias futuras de su traslado, ni respecto de las características de ambos regímenes, el monto de su pensión, pues no se realizó proyección pensional y cuál de las dos sería mejor para el afiliado, así como tampoco que podría regresar a Colpensiones antes de cumplir 52 años; que previa petición elevada por el demandante, la AFP le informó que su mesada pensional sería por la suma de \$781.242, no obstante, el IBC del afiliado asciende al monto de \$7.646.165, por lo que la mesada debería ser concedida en la suma de \$4.655.245; que elevó solicitud para anular la afiliación, así como la activación de la misma ante Colfondos y Porvenir, los días 18 y 17 de diciembre de 2018 respectivamente, las que fueron negadas por las encartadas.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y ordenó trasladar los aportes pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros, activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizara la historia pensional. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora

privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión proferida y en su lugar, se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto el trabajador tiene la libres escogencia de régimen pensional, pudiendo optar por el RPM o el RAIS, de acuerdo con condiciones laborales, familiares y económicas, sin embargo, con la posibilidad de trasladarse cada 5 años, hasta antes de que le falten menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, conforme con el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Ahora bien, con respecto a la nulidad, la misma no su puede alegar pues es un punto de derecho que no vicia el consentimiento y en cuanto ineficacia, la afiliación se realizó de forma libre y voluntaria cumpliendo requisitos de la ley en el año en que acaeció, conforme con la Circular 019 de 1998 emitida por la entonces Superintendencia Bancaria, que exigía diligenciar el formulario para el traslado pensional y era el único requisito sustancial para el momento del traslado, pues consagraba la voluntad del afiliado, así como, que el desconocimiento de la ley no es suficiente para alegar la nulidad de traslado entre regímenes, pues la información está contenida en el título 3° de la ley 100 de 1993 y en el artículo 9° del Código Civil, que establece que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Finalmente indica que el RPM y el RAIS tienen diferente distribución del aporte y por tanto la demandada Colpensiones no puede financiar pensiones, pues va en contra del detrimento y sostenibilidad pensional en caso de regresar a Colpensiones.

Acta Radicación N° 110-01-31-05-034-2019-00349-01, Proceso Ordinario Luis Eduardo Cardozo Cuellar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que

¹ "(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)"

"...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).

Ref.: Radicación Nº 110-01-31-03-034-2019-00349-01, Proceso Ordinario Luis Eduardo Cardozo Chellar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Ref.: Radicación N° 110-01-31-08-034-2019-00349-01, Proceso Ordinario Luis Eduardo Cardozo Cuellar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

Lo anterior, permite establecer con claridad, que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna

Ref.: Radicación N° TTD-01-31-03-034-2019-00349-01. Proceso Ordinario Luis Eduardo Cardozo Cuellar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por la encartada Colpensiones denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SI.4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Ahora bien, frente a la sostenibilidad financiera del sistema, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya

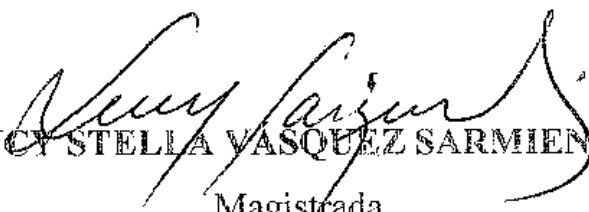
Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-034-2019-00349-01. Proceso Ordinario Luis Eduardo Cárdoz Cuellar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo de las demandadas y sin ellas en la alzada, dado el estudio íntegro de la decisión.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de primera instancia en la forma como se establecieron por el aquo y sin ellas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-034-2019-00349-01. Proceso Ordinario Luis Eduardo Cardozo Cuellar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

Lily Yolanda Vega Blanco
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

Luis Agustín Vega Carvajal
LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Salvo voto por cie