

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MIREYA ROCÍO TOVAR GUARÍN
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2021 – 00141- 01 Juz.04.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MIREYA ROCÍO TOVAR GUARÍN demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 5 del archivo 01 del expediente digital.

- Se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada por la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., por no reunir los requisitos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993
- Se condene a la AFP PROTECCION S.A. trasladar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado al RPM administrado por COLPENSIONES, sin ningún tipo de descuentos.
- Se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 1 a 5 del archivo 01 del expediente digital. La señora MIREYA ROCIO TOVAR GUARIN nació el día 23 de octubre de 1963 y cotizó a pensiones desde febrero de 1989 hasta marzo de 1995 en el ISS. En marzo de 1995 comenzó a cotizar a PROTECCIÓN S.A. donde ha cotizado un total de 1293,71 semanas desde marzo de 1995 hasta el 13 de noviembre de 2020.

Que al momento del traslado, no recibió la debida asesoría, pues no le informaron de las diferencias en los regímenes, limitándose a argüir que en el R.A.I.S. tendría mejores condiciones al momento de su pensión y durante todo el tiempo que ha estado afiliada no se le ha dado la debida asesoría; no se le suministro información de la edad para pensionarse, el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, la posibilidad de trasladarse nuevamente al régimen de prima media o el capital que debía cotizar, por lo que no cumplió con el deber de información. La señora MIREYA ROCIO TOVAR GUARIN tiene 1554 semanas cotizadas en toda su vida laboral hasta el mes de octubre de 2020, teniendo en cuenta las semanas cotizadas en el R.P.M y el R.A.I.S. y según proyección pensional efectuada el 13 de noviembre de 2020, recibiría \$877.803 al cumplir 57 años, mientras que con las cotizaciones efectivamente realizadas en los últimos 10 años, hasta el mes de octubre de 2020 recibiría en COLPENSIONES \$3.660.473.

El día 23 de noviembre del 2020 radicó en COLPENSIONES formulario de afiliación para obtener el traslado del régimen y mediante comunicado 2020_11960228 de la misma fecha COLPENSIONES lo negó.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad el 9 de septiembre de 2021 (archivo 05), notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, corrido el traslado respectivo; las llamadas a juicio contestaron la demanda de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 09 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación inicial al ISS, el número de semanas cotizadas y la reclamación presentada ante COLPENSIONES respecto al traslado de régimen, así como la respuesta negativa. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos
- Formuló como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto 01 de 2005), imposibilidad de volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el traslado, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** En los términos del escrito visible en el archivo 10 del expediente digital, contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la prueba documental que se anexó con la demanda, la afiliación y solicitud de la nulidad de traslado y la respuesta negativa. Negó o manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de julio de 2022 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que resolvió declarar la ineficacia de la afiliación de MIREYA ROCÍO TOVAR

GUARÍN a la AFP PROTECCIÓN S.A., suscrita el 1 de marzo del 1995; declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ciclos, el IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Ordenó a COLPENSIONES aceptar sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que acorde con la jurisprudencia le corresponde la carga de la prueba a la AFP demandada ya que el formulario de afiliación no es prueba suficiente y que conforme al interrogatorio de parte absuelto por la demandante no se demostró haber suministrado la información respecto a cuáles eran las ventajas y desventajas del traslado de régimen por lo que no puede tenerse como una manifestación libre y voluntaria la firma del formulario de afiliación, lo que además no exoneraba a la AFP demandada de cumplir con la obligación de probar el haber suministrado la información correspondiente, obligación que existió desde la creación del RAIS. Declaró la ineficacia del traslado, la devolución de los aportes, rendimientos y gastos de administración; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Recurso de Apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Demandadas:

PROTECCIÓN S.A. - No interpuso recurso.

COLPENSIONES. – Recurrió la decisión de primera instancia para lo que argumentó que no se tuvo en cuenta que COLPENSIONES en un tercero ajeno al acto jurídico por lo que los efectos de la declaratoria serían Inter partes y en consecuencia su representada no puede ser beneficiada ni perjudicada por la decisión, por lo que solicita se revoque la decisión.

Alegatos ante este Tribunal (Art. 13. Ley 2213 de 2022)

Parte demandante: No presentó alegatos en esta instancia.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones ratificó lo manifestado en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: “La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la orden dada respecto de COLPENSIONES de recibir los dineros y tener como afiliada a la actora, por no ser parte del acto que se declara ineficaz.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 39 y 40 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la respuesta dada a la solicitud elevada por la actora ante COLPENSIONES respecto a la nulidad del traslado de régimen, radicada el 23 de noviembre de 2020, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS por cuanto suscribió formulario de afiliación con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 17 de febrero de 1995, tal como se denota del formulario de afiliación que reposa a folio 44 del archivo 01; afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo o ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión de trasladarse al RAIS no se le suministró información suficiente respecto de las ventajas o desventajas de pertenecer al fondo privado lo que era necesario para tomar una decisión consciente. Al respecto, si bien la demandante diligenció una solicitud de vinculación al RAIS por intermedio de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 17 de febrero de 1995, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante.

Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó, entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyectara, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento y cuya carga correspondía a la AFP demandada.

²No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

³"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

⁴"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

La demandante manifestó en el interrogatorio de parte que el asesor le indicó que su pensión sería mejor que en COLPENSIONES y cuando posteriormente volvió a preguntar, le dijeron que su pensión sería con un mínimo; contrario a lo informado por el asesor. Que no le informaron cómo sería la liquidación de su pensión, ni el capital que debía acumular o que debía cotizar sobre 5 salarios mínimos ni sobre la garantía de pensión mínima o la devolución de saldos, ni le hicieron una proyección de la mesada pensional. Los beneficios que le informaron era que el monto de la pensión sería alto y la edad no sería tanta y que no se tendría que preocupar de nada. No conocía sobre las diferencias de regímenes.

De lo anterior se puede concluir que no se suministró a la demandante una información clara, concreta para su caso en particular y suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, en la cual quedarán claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación que suscribió con las AFP, pues lo que se observa es una total desinformación sobre los requisitos para pensionarse y ello permite concluir que no se le dio una información real y concreta; además de que no se le indicó la posibilidad que tenía de volver al RPM ni la edad hasta la cual tenía esta opción ni se le indicaron las opciones para su caso en particular a fin de establecer cuál era la mejor, ya que para entonces había cotizado más de la mitad de las semanas que se requerían para la época; lo que demuestra que la información suministrada no fue real y concreta para su caso y por tanto tampoco suficiente, toda vez que no le indicaron cuáles eran los aportes que debía realizar y el capital que necesitaría ahorrar para obtener la pensión.

Por lo anterior, una vez verificada la declaración rendida por la actora y al efectuar una valoración conjunta de los medios probatorios, no hay duda que COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. no demostró haber expuesto a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la

e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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”

falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS, sin que se le pueda endilgar obligación alguna al demandante, pues la obligación se encontraba en cabeza de la AFP demandada.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, y no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019)

Es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado a la AFP, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba vinculada antes del traslado al RAIS, por lo que procede la declaratoria de la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus rendimientos y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional, contrario a lo indicado por la recurrente PROTECCIÓN S.A. en su recurso.

Al respecto, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de

⁵ Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieron la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”.

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Es la AFP la que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público, como se indica en la sentencia SL2877-2020:

“El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.”

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, donde se dijo:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Es en razón a lo anterior, que COLPENSIONES debe recibir nuevamente a la demandante como afiliada al RPM, pues no se trata de que el acto jurídico surtió efectos inter partes, sino que al ser declarado que el cambio de régimen de la accionante al RAIS es ineficaz, y ello trae como consecuencia que se debe privar a dicho traslado de todo efecto, bajo la ficción jurídica de que el traslado nunca se dio, o lo que es igual, que la actora siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS.- Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el once de julio de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente **COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una de ellas.

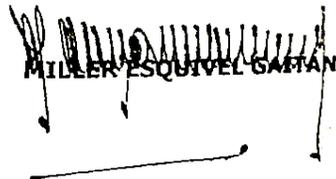
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DIANA ASTRID ESTRADA CARRILLO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. Rad. 2020
– 00381 01 Juz. 09.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

DIANA ASTRID ESTRADA CARRILLO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a las **AFP PROTECCIÓN S.A, y PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 12 y 13 del archivo 04 del expediente digital.

- Se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada por la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por la AFP COLEMNA hoy PROTECCIÓN S.A. y a la AFP PORVENIR y que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS.
- Se ordene a las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. retornar todos los valores que hubieren recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses y rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado, al RPM administrado por COLPENSIONES.
- Se ordene a COLPENSIONES, recibir en el régimen de prima media con prestación definida a la actora y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad.

- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 14 a 16 del archivo 04 del expediente digital. La señora DIANA ASTRID ESTRADA CARRILLO, nació el 27 de noviembre de 1970 y para el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 1988 al 31 de diciembre 1998, estuvo vinculada al ISS aportando a este régimen 338,86 semanas.

Que fue visitada por asesores del fondo de Pensiones y Cesantías COLMENA AIG, hoy PROTECCION S.A., quienes le manifestaron que de acuerdo con su historia laboral lo mejor era que ella se afiliara a este fondo y que su pensión iba a mejorar pues las condiciones del nuevo régimen eran mejores que las del ISS, por lo que se trasladó en el mes de enero de 1999 al entonces fondo de Pensiones y Cesantías COLMENA AIG, hoy PROTECCION S.A. En el mes de junio de 2000, se trasladó al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, pero no le brindó información veraz, completa, clara, transparente, precisa y oportuna a cerca de las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionales y la causa del traslado a los fondos de pensiones privados obedeció a información equivocada e incompleta que se le brindó.

El 17 de septiembre de 2019 solicitó a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el retorno al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y la proyección de su pensión en el régimen de ahorro individual y el 13 de febrero de 2020, solicitó a PROTECCIÓN S.A., copia del formulario de afiliación.

Que PORVENIR S.A., efectuó la respectiva proyección de la pensión indicando que con las 1319 semanas con las que actualmente cuenta la demandante, no es suficiente para sustentar una mesada pensional, y que a la edad de 57 para alcanzar una mesada pensional por la suma de (\$1.281.500), tendría que cotizar 1735 semanas. Que el monto de la mesada pensional, en el régimen de ahorro individual es inferior al monto de la mesada pensional en el régimen de prima media con prestación definida, con lo que queda evidenciado que la AFP PORVENIR S.A. en su momento, no sólo mintió al prometer un monto pensional superior al que se otorgaría en el régimen de Prima Media, sino al de elegir

la edad de pensión con un monto pensional razonable a la edad de retiro, omitió comunicar sobre la metodología utilizada en la liquidación de la mesada pensional, lo que aún hoy se desconoce.

Que con radicado 2019_14439565 del 25 de octubre de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida y con oficio del 28 de octubre de 2019 le dio respuesta, manifestando que no era procedente el traslado solicitado, toda vez que se encontraba a menos de 10 años del requisito de edad.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad el 2 de agosto de 2021 (archivo 05), notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo; las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo A09 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación inicial a COLPENSIONES el número de semanas cotizadas y la reclamación presentada ante COLPENSIONES respecto a la anulación de traslado, así como la respuesta negativa. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos
- Formuló como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** En los términos del escrito visible en el archivo A07 del expediente digital, contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la prueba documental que se anexó con la demanda y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda conforme al escrito visible en el archivo B1, de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguros previsionales cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 2022 (archivos C5) puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que resolvió declarar la ineficacia del traslado que hizo la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación junto con los rendimientos de manera indexada, sin efectuar descuento alguno por conceptos de administración o por cualquier otro concepto y a la AFP PROTECCIÓN S,A, a trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante durante la vigencia de la vinculación. Ordenó a COLPENSIONES recibir los valores trasladados convalidando la historia laboral correspondiente. Declaró no probadas las

excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Llegó a esta determinación luego de tener en cuenta lo indicado en la jurisprudencia de la C.S.J. era necesario para que la demandante tomara una decisión informada, que se le hubiera suministrado una información clara y completa sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, obligación que correspondía a la AFP a la que se trasladaba la actora y cuya carga de la prueba le correspondía acreditar en el proceso. Tuvo en cuenta que conforme al interrogatorio de parte que absolvió la demandante y los testimonios allegados, era claro que ella no tuvo conocimiento de las características del régimen y se trasladó porque en una reunión general les dijeron que si se trasladaban se podía pensionar a menor edad y que el ISS se iba a acabar, pero no le informaron sobre la forma en que se liquidaría la mesada pensional, no conoció de las consecuencias jurídicas del traslado y no se le hizo una proyección de la posible mesada pensional. Conforme a las pruebas allegadas, consideró procedente declarar la ineficacia del traslado y ordenó a las demandadas la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES junto con los rendimientos y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones. Ordenó a COLPENSIONES recibir los dineros trasladados y a convalidar la historia laboral de la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Recurso de Apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Demandadas:

PROTECCIÓN S.A. – NO interpuso recurso de apelación

PORVENIR S.A. .- Interpuso recurso de apelación que sustentó en que no se configuran los presupuesto de la ineficacia, por cuanto el traslado se realizó de manera libre y voluntaria conforme al formulario de afiliación. No se tuvo en cuenta que la demandante debió cumplir con sus obligaciones de información ya que la obligación de la AFP fue posterior, pues para el momento del traslado la norma que regía no exigía el deber del buen consejo, la doble asesoría o la información por

escrito o del monto de la pensión; además que la demandante efectuó un traslado horizontal y su inconformidad se deriva del monto de la mesada lo que no es causa para declarar la ineficacia, por lo que no se vulneró ningún derecho a la demandante. En cuanto a los gastos de administración manifiesta que es improcedente la devolución de estos conceptos como quiera que no están llamados a financiar la pensión y no se encuentran en poder de PORVENIR pues fueron destinados al manejo de los dineros de la cuenta de la demandante. En relación con la prescripción considera que no todos los aspectos de la pensión pueden ser imprescriptibles, y lo que se discute es una situación distinta al derecho pensional.

COLPENSIONES. – Interpuso recurso por considerar que no se tuvo en cuenta que COLPENSIONES es un tercero ajeno a las partes entre las cuales se efectuó el traslado y por ello no puede verse ni perjudicada ni afectada por la decisión, por lo que solicita no se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media, lo que afecta la reserva pensional y genera vulneración al derecho a la igualdad a los demás afiliados al régimen de prima media.

Alegatos ante este Tribunal (Art. 13. Ley 2213 de 2022)

Parte demandante: Solicita se confirme la decisión.

Parte demandada: Colpensiones presenta sus alegatos con fundamento en el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se concreta en establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la condena a restituir las sumas de gastos de administración y seguro previsional, así como la prosperidad de la excepción de prescripción.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 90 y siguientes del archivo A01 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES respecto a la nulidad del traslado de régimen, radicada el 25 de octubre de 2019 y la respuesta negativa de fecha 29 de octubre de 2019 por parte de COLPENSIONES que obra a folio 92, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliado al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 20 de enero de 1999 (fl. 12 archivo B1y folio 95 archivo A1) y a PORVENIR S.A. el 10 de agosto de 2000 (fl. 103 archivo A1), además de la historia laboral que obra a folios 76 y siguientes (archivo A1); afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo o ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión de trasladarse al RAIS no se le suministró una información suficiente respecto de las ventajas o desventajas de pertenecer al fondo privado lo que era necesario para tomar una decisión consciente. Al respecto, si bien la demandante diligenció las solicitudes de vinculación al RAIS por intermedio de PROTECCIÓN S.A. el 20 de enero de 1999 (fl. 12 archivo B1y folio 95 archivo A1) y a PORVENIR S.A. el 10 de agosto de 2000 (fl. 103 archivo A1), con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, como lo indica la recurrente

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*

PORVENIR S.A., era la norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, conforme a la jurisprudencia, es claro que el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante, como se pretende en el recurso.

Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la

e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada, entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyectara, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, y cuya carga correspondía a la AFP demandada, sin que le pueda ser aplicable al caso el artículo 6º de la Ley 1328 de 2009, toda vez que para la época del traslado en el año 1995 no había sido expedida.

Conforme al interrogatorio de parte que absolvió la demandante y a los testimonios de Sandra Inés Labrador y Jaime Humberto Huertas, tomó la decisión de cambiarse porque le informaron que el ISS se iba a acabar y que su pensión sería mejor en el RAIS, pero no sabía que se podía reintegrar al régimen del ISS no conocía los requisitos para pensionarse, no le dieron una asesoría para su caso sino fue una reunión general, y no se hizo proyección de la pensión. De lo anterior, se puede concluir que no se suministró a la demandante una información clara y suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, en la cual quedarán claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación que suscribió con las AFP, pues lo que se observa es una total desinformación sobre los requisitos para pensionarse tanto del RAIS como del RPM; además, no se le indicó la posibilidad que tenía de volver al RPM ni la edad hasta la cual tenía esta opción; lo que demuestra que la

³ *"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"*

⁴ *"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.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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"

información suministrada no fue real y concreta para su caso y por tanto tampoco suficiente, toda vez que no le indicaron cuáles eran los aportes que debía realizar y cuál era el capital que necesitaría ahorrar para obtener la pensión a una menor edad.

Por lo anterior, no hay duda que las AFP demandadas no demostraron haber expuesto a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC y no se le informó cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS o por el traslado horizontal como se pretende en el recurso; sin que se le pueda endilgar obligación alguna al demandante, pues la obligación se encontraba en cabeza de la AFP demandada y no de la demandante.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no

⁵ " Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

autoriza su traslado, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

*“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

En cuanto a los actos de relacionamiento que se indican en el recurso no son de recibo, toda vez que al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia SL 853-2022 lo siguiente:

“Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.”.

En cuanto la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba vinculada antes del traslado al RAIS, por lo que procede la declaratoria de la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus rendimientos y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional, contrario a lo indicado por las recurrentes en su

recurso, respecto de lo cual es necesario mencionar que el concepto de la Superintendencia Financiera hace referencia al traslado entre fondos y no a los casos en que se declara la ineficacia del traslado.

Igualmente, es preciso indicar tal como lo manifiesta la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”.

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público, como se indica en la sentencia SL2877-2020:

“El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.”

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, donde se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]"

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Es en razón a lo anterior, que COLPENSIONES debe recibir nuevamente a la demandante como afiliada al RPM, pues no se trata de que el acto jurídico surtió efectos inter partes o que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto del traslado, sino que al ser declarado que el cambio de régimen de la accionante al RAIS es ineficaz, ello trae como consecuencia que se debe privar a dicho traslado de todos sus efectos, bajo la ficción jurídica de que el traslado nunca se dio, o lo que es igual, que la actora siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida; razón por la cual COLPENSIONES debe tenerla como afiliada al RPM.

Respecto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En atención a que a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas - carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento surgido con anterioridad al inicio del proceso. Así se ha establecido entre otras, en las sentencias CSJ SL1688-2019, reiteradas en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019 y CSJ SL373-2021.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de junio de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ BRICEÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. Rad. 2020 – 00058 01 Juz. 10.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ BRICEÑO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 36 del archivo 02 del expediente digital.

- Se declare la ineficacia de la afiliación efectuado por la parte actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el día 1º de julio de 2003
- Se ordene retornar las cosas al estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tener como afiliado al demandante en el RPM sin solución de continuidad.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 36 y 37 del archivo 02 del expediente digital. Que el actor nació el 5 de noviembre de 1956 y se trasladó del RPM al RAIS el 1º de julio de 2003 sin que su asesor le brindara la información clara y completa sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Que la AFP PORVENIR realizó en el año 2020 una simulación de la pensión en la cual proyectó una mesada pensional de \$1.021.300 y realizada la simulación por COLPENSIONES dio como resultado una mesada de \$2.645.916,13

Sumadas las semanas cotizadas desde el 9 de junio de 1993 y hasta el 15 de noviembre de 2021 contabilizan un total de 1301 semanas.

Presentó reclamación ante COLPENSIONES el 23 de octubre de 2018 y en la misma fecha recibió respuesta negativa, con lo que se encuentra agotada la reclamación administrativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad el día 16 de febrero de 2021 (archivo 05), notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo; las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 13 y siguientes del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación inicial a COLPENSIONES, la fecha de nacimiento del demandante, la reclamación presentada ante COLPENSIONES respecto de la afiliación y la respuesta negativa. Manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** En los términos del escrito visible en el archivo 11 del expediente digital, contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda.
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 5 de julio de 2022 (Archivo 25 y 27) puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia de la afiliación del demandante señor CARLOS ENRIQUE MARTINEZ BRICEÑO a la sociedad FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 01/07/2003; en consecuencia, declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y a ésta a recibir y restablecer afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR S.A., hacer entrega a COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y así mismo a realizar la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES las cotizaciones, para lo que concedió un término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia. Condenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PORVENIR S.A., proceda a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia y a imputar en la historia laboral del demandante las semanas cotizadas en el RAIS. Declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la jurisprudencia la carga de la prueba correspondía a la AFP y que el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la información suministrada al afiliado y no exoneraba a la AFP de cumplir con la obligación de probar el haber suministrado la información en forma clara y completa. Tuvo en cuenta que conforme al interrogatorio absuelto por el demandante se podía establecer que desconocía las ventajas y desventajas del traslado de régimen; que confió de buena fe en la información que le suministró la asesora en cuanto a que su pensión sería igual o mejor que en el ISS y que este se encontraba próximo a liquidarse, por lo que la suscripción del formulario no

acreditaba un consentimiento informado ni la libertad de escogencia, por lo que la AFP demanda incumplió con el deber de información. Como consecuencia de ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución a COLPENSIONES de los aportes, rendimientos, frutos y demás, con los gastos de administración y seguros en un término de 15 días. Ordenó a COLPENSIONES recibir al actor como afiliado al RPM sin solución de continuidad y a contabilizar las semanas cotizadas en la historia laboral del demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Recurso de Apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Demandadas:

PORVENIR S.A. – Solicita la revocatoria de la sentencia con fundamento en que el formulario de afiliación era el único requisito que se exigía para la época y fue suscrito por el actor de manera libre y voluntaria, por lo que se presume auténtico y no puede ser desconocido ya que no se demostró dolo. Señala que la ignorancia de la ley no es excusa y que al Ley 100 de 1993 fue publicada en el diario oficial, por lo que la afiliación es válida. Que se garantizó la información conforme a la normativo vigente que no exigía la información documental y el actor no presentó ningún tipo de inconformidad y permaneció en el fondo por más de 15 años. En cuanto a los gastos de administración estos también se causan en el RPM y no forma parte de la pensión de vejez; además la superintendencia financiera así lo ha indicado en el caso de cambio de régimen pensional, pues se ha mantenido la cobertura de los seguros previsionales y ocasionan un enriquecimiento sin justa causa y están sujetos a la prescripción. En todo caso, solicita se compense esta condena con los rendimientos financieros que exceden de los mínimos obtenidos por el actor durante la afiliación.

COLPENSIONES. – Argumenta en su recurso que la afiliación tiene validez pues se demostró que se suministró la información correspondiente; el formulario fue suscrito de manera libre y voluntaria y el asesor del fondo suministró información clara y precisa sin que se observe vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo ya que el afiliado contó con toda la información y no se vulneró el derecho a escoger el régimen al que se afilió. Que se encuentra dentro de la prohibición de la Ley 100

de 1993 pues está a menos de 10 años para pensionarse, por lo que existe una imposibilidad de trasladarse de régimen. Que conforme al artículo 83 de la Constitución Política se debe presumir la buena fe de la demandada y era al demandante a quien le correspondía demostrar la mala fe. Solicita se revoque la condena en costas, por haber actuado de buena fe.

Alegatos ante este Tribunal (Art. 13. Ley 2213 de 2022)

Parte demandante; No presentó alegatos de conclusión.

Parte demandada; La Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. presentaron sus alegatos con fundamento en el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se concreta en establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen; la condena a restituir las sumas existentes en la cuenta de ahorro de la demandante sin el descuento de los gastos de administración y seguro previsional y la condena en costas respecto de COLPENSIONES.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 6 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES respecto a la afiliación al RPM, radicada el 23 de octubre de 2019 y la respuesta dada por la entidad en la misma fecha (fl. 8), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliado al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 1º de julio de 2003, tal como se observa a folio 64 del archivo 11; afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo o ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión de trasladarse al RAIS no se le suministró una información suficiente respecto de las ventajas o desventajas de pertenecer al fondo privado lo que era necesario para tomar una decisión consciente. Al respecto, si bien la demandante diligenció la solicitud de vinculación al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. el 1º de julio de 2003 (fl. 64 del archivo 11 del expediente digital), con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, tal y como se indica en los recursos interpuestos por las demandadas; conforme a la jurisprudencia, es claro que el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante, como se pretende en el recurso.

Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado, entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyectara, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

³ *"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"*

No. 31.989⁴, y cuya carga correspondía a la AFP demandada, sin que le pueda ser aplicable al caso obligación a cargo de la parte actora de consultar por su cuenta sobre el régimen que le beneficiaba, toda vez que para la época del traslado en el año 1996 no había sido expedida la Ley 1328 de 2009.

En cuanto a que el desconocimiento de la Ley no es excusa, debe señalarse que la Ley 100 de 1993 no contiene los beneficios y desventajas del traslado de régimen, la forma en que se liquidará el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes ni la diferencia en el pago de los aportes para acceder a la pensión, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión, que es lo que se echa de menos en la información que debía suministrar la AFP al demandante, para su caso en particular al momento del traslado.

En el interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de PORVENIR S.A., manifestó que no se le entregó al actor el reglamento del fondo y que no le consta la información que se le suministró pero que el asesor tenía la obligación de hacerlo.

Por su parte el actor manifestó en el interrogatorio de parte que en el año 2003 una asesora de la AFP PROVENIR se refirió a que el ISS estaba por ser abolido, que tendrían una pensión igual o superior al ISS y que si no cumplía con las semanas se le devolverían los aportes, la reunión fue grupal y él solo preguntó si sería una pensión igual o superior a la del ISS a lo que le respondieron que así sería, no le informaron de aportes voluntarios, ni del capital que debía acumular. Que suscribió el formulario de manera libre y voluntaria, pero partió de principio de la buena fe y por ello confió en la asesora, pero no le hicieron comparativo alguno ni le informaron sobre la disposición de los dineros en una cuenta de ahorro individual ni los

⁴ "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.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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"

rendimientos o pérdidas que podría tener esa cuenta. Recibe los extractos financieros, pero no los comprende y que interpone la demanda por cuanto se siente engañado porque no cumplieron con lo que le ofrecieron; y no se trasladó antes a COLPENSIONES antes por que no conocía del término para regresar, si bien es abogado siempre ha laborado en el área penal.

De lo anterior se puede concluir que no se suministró al demandante una información clara y suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, en la cual quedarán claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación que suscribió con las AFP, pues lo que se observa es que desconocía los requisitos para pensionarse tanto del RAIS como del RPM, y ello permite concluir que no se le dio una información real y concreta; además de que no se le indicó la posibilidad que tenía de volver al RPM ni la edad hasta la cual tenía esta opción; lo que demuestra que la información suministrada no fue real y concreta para su caso y por tanto tampoco suficiente, toda vez que no le indicaron cuáles eran los aportes que debía realizar y cuál era el capital que necesitaría ahorrar para obtener la pensión.

Por lo anterior, una vez verificada la declaración rendida por el actor y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que las AFP demandadas no demostraron haber expuesto a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS, como se pretende en el recurso, sin que se le pueda endilgar obligación alguna al demandante, pues la obligación se encontraba en cabeza de la AFP demandada.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar

Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.

En cuanto a los actos de relacionamiento que hagan presumir la voluntad del actor de permanecer en el RIAS, como es no haber reclamado antes o permanecer en el régimen por una cantidad de tiempo, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia SL 853-2022 lo siguiente:

“Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

⁵ “ Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.”.

Respecto a la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, que argumenta COLPENSIONES en su recurso, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado el 1º de julio de 2003 (archivo 11 fl. 64), razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba vinculada antes del traslado al RAIS sin solución de continuidad, por lo que procede la declaratoria de la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus rendimientos y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional, contrario a lo indicado por la AFP recurrente en su recurso, respecto de lo cual es necesario mencionar que el concepto de la Superintendencia Financiera hace referencia al traslado entre regímenes, que no es el presente caso, en que se declara la ineficacia del traslado, por lo que no es aplicable a este asunto, en que las cosas vuelven al estado anterior.

Igualmente, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”.

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público o de la demandante, como se indica en la sentencia SL2877-2020:

“El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.”

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, donde se dijo:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Respecto a la prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En atención a que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas - carencia de efectos jurídicos del acto, desde su nacimiento surgido con anterioridad al inicio del proceso. Así se ha establecido entre otras, en las sentencias CSJ SL1688-2019, reiteradas en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019 y CSJ SL373-2021

En cuanto a las costas que apela COLPENSIONES es necesario señalar que no fue condenada en costas de primera instancia, razón por la que no hay lugar a resolver sobre este aspecto.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS.- Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por cuanto los recursos no salieron avante. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 5º de julio de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una de ellas.

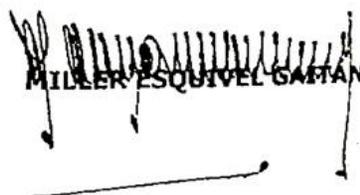
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAMÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ VILMA ROBAYO VASQUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. Rad. 2020 – 00252 01 Juz. 13.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUZ VILMA ROBAYO VASQUEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 7 del archivo 01 del expediente digital.

- Se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.
- Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. retornar las cosas al estado anterior.
- Se ordene a COLPENSIONES, recibir en el régimen de prima media con prestación definida a la actora y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 7 a 8 del archivo 01 del expediente digital. Que la actora estuvo afiliada al ISS desde finales de 1996 y nació el 21 de julio de 1962.

Que la AFP no le dio la asesoría necesaria previa al traslado y es quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con dicha obligación. Que la AFP PORVENIR le hizo una simulación de su pensión, lo que arrojó como resultado la suma de \$1.266.600 para el año 2019 en la modalidad de retiro programado, mientras que COLPENSIONES al hacer la simulación le indicó como valor de la mesada la suma de \$2.768.596

La demandante cuenta con un total de 1768 semanas de cotización y presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 18 de marzo de 2020 con radicado 2020-3739576, que no ha sido respondido por COLPENSIONES a la fecha de presentación de la demanda.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad el 10 de mayo de 2021 (archivo 02 fl. 42), notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo; las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 03 fl. 145 y siguientes del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación inicial a COLPENSIONES, la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación presentada ante COLPENSIONES respecto a la anulación de traslado. Manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las declarables de oficio.

La **AFP PORVENIR S.A.** En los términos del escrito visible en el archivo 03 fl. 8 a 28 del expediente digital, contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 1º de abril de 2022 (acta de audiencia) puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que resolvió declarar la ineficacia del traslado que hizo la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 2 de diciembre de 1996. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación junto con los rendimientos de manera indexada, sin efectuar descuento alguno por conceptos de administración o por cualquier otro concepto. Condenó a COLPENSIONES a recibir los dineros referidos y a actualizar la historia laboral de la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que el formulario de afiliación no es prueba suficiente y que conforme al interrogatorio absuelto por la parte demandante se estableció que la demandante desconocía las ventajas y desventajas del traslado de régimen y que se hizo por creer que el ISS se acababa. Que conforme a la jurisprudencia la firma del formulario no exoneraba a la AFP demandada de cumplir con la obligación a su cargo de probar haber suministrado la información, obligación que le correspondía desde la creación del régimen, por lo que la suscripción del formulario no acreditaba un consentimiento informado y respecto a lo indicado en los hechos de la demanda consideró que la demandante tuvo una información general donde no se indicaron las características de los regímenes por lo que no conocía la conveniencia o inconveniencia del traslado que había realizado. Declaró la ineficacia del traslado, la devolución de los aportes rendimientos y gastos de administración y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Recurso de Apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Demandadas:

PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de la sentencia con fundamento en que el formulario de afiliación era el único requisito que se exigía para la época, y no se trataba de una simple declaración vacía de la aceptación y siempre se garantizó la información y ella no hizo uso de la oportunidad de reintegrarse al RPM conforme a las publicaciones que hizo la AFP. Que la AFP es una entidad de carácter particular y se debe tener en cuenta que debe presumirse la buena fe y para impugnar sus actos debe demostrarlo mediante actos idóneos. Respecto a los gastos de administración solicita se revoque porque se genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y que no están destinados a financiar la pensión por lo que no le pertenecen a la afiliada sino al fondo.

COLPENSIONES. – Argumenta en su recurso que la demandante se encuentra dentro de la prohibición por edad para regresar el RPM, pues le faltan menos de 10 años para cumplir el requisito de edad. En cuanto al deber de información dice que la demandante debió asesorarse respecto a cuál régimen le era beneficioso por lo que ella faltó a este deber durante mas de 24 años y que la doble asesoría no puede aplicarse de manera retroactiva. Dice que los traslados de régimen afectan la sostenibilidad financiera del sistema y generan un gran caos administrativo a la entidad.

Alegatos ante este Tribunal (Art. 13. Ley 2213 de 2022)

Parte demandante; Solicita se confirme la decisión.

Parte demandada; La Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. presentaron sus alegatos con fundamento en el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se concreta en establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la condena a restituir las sumas

existentes en la cuenta de ahorro de la demandante sin el descuento de los gastos de administración y seguro previsional.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 15 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES respecto a la nulidad del traslado de régimen, radicada el 18 de marzo de 2020, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 2 de diciembre de 1996, tal como se observa a folio 76 del archivo 03; afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo o ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión de trasladarse al RAIS no se le suministró una información suficiente respecto de las ventajas o desventajas de pertenecer al fondo privado lo que era necesario para tomar una decisión consciente. Al respecto, si bien la demandante diligenció la solicitud de vinculación al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. el 2 de diciembre de 1996, fl. 76 del archivo 03 del expediente digital, con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;

que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, tal y como se indica en los recursos interpuestos por las demandadas; conforme a la jurisprudencia, es claro que el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante.

Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de

b) Nombre o razón social y NIT del empleador;

c) Nombre y apellidos del afiliado;

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;

f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada, entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyectara, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, y cuya carga correspondía a la AFP demandada, sin que le pueda ser aplicable al caso obligación a cargo de la actora de consultar por su cuenta sobre el régimen que le beneficiaba, toda vez que para la época del traslado en el año 1996 no había sido expedida la Ley 1328 de 2009.

La demandante manifestó en el interrogatorio de parte que tomó la decisión de cambiarse a la AFP porque le informaron que el ISS se iba a acabar, y que le dijeron que la pensión sería mejor; pero no conoció cuál sería la mesada ni en el ISS ni en PORVENIR, o cuál era la edad para pensionarse, sino que la información sobre el tema fue que el ISS se acababa y que en adelante lo manejarían los fondos. No le hicieron ninguna proyección de rendimientos ni le entregaron folleto o documento alguno; no conoce de gastos por seguros, y le dijeron que las cotizaciones anteriores serían trasladadas a la AFP. Cuando intentó regresar al RPM le comentó al asesor de la AFP que fue a la oficina, se quería cambiar y éste le dijo que no era posible porque

³ *"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"*

⁴ *"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.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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"

ya le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad. No vio la publicación respecto de la oportunidad de traslado que hizo la AFP.

De lo anterior se puede concluir que no se suministró a la demandante una información clara y suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, en la cual quedarán claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación que suscribió con las AFP, pues lo que se observa es que desconocía los requisitos para pensionarse tanto del RAIS como del RPM, y ello permite concluir que no se le dio una información real y concreta; además de que no se le indicó la posibilidad que tenía de volver al RPM ni la edad hasta la cual tenía esta opción; lo que demuestra que la información suministrada no fue real y concreta para su caso y por tanto tampoco suficiente, toda vez que no le indicaron cuáles eran los aportes que debía realizar y cuál era el capital que necesitaría ahorrar para obtener la pensión.

Por lo anterior, una vez verificada la declaración rendida por la actora y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que las AFP demandadas no demostraron haber expuesto a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS, sin que se le pueda endilgar obligación alguna al demandante, pues la obligación se encontraba en cabeza de la AFP demandada y no de la demandante como se pretende en el recurso.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado,

⁵ " Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.

En cuanto a los actos de relacionamiento que hagan presumir la voluntad de la actora de permanecer en el RIAS, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia SL 853-2022 lo siguiente:

“Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.”.

Respecto a la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, que argumenta COLPENSIONES en su recurso, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado el 2 de diciembre de 1996, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba vinculada antes del traslado al RAIS sin solución de continuidad, por lo que procede la declaratoria de la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus rendimientos y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional, contrario a lo indicado por las recurrentes en su recurso, respecto de lo cual es necesario mencionar que el concepto de la Superintendencia Financiera hace referencia al traslado entre fondos y no a los casos en que se declara la ineficacia del traslado.

Igualmente, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”.

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de

vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público o de la demandante, como se indica en la sentencia SL2877-2020:

“El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.”

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, donde se dijo:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

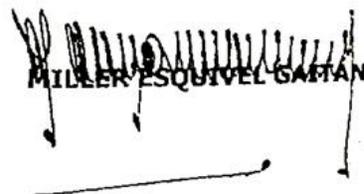
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de abril de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ILARIO HERNANDO RUIZ INCHIMA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. Rad. 2020 – 00419 01 Juz. 15.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ILARIO HERNANDO RUIZ INCHIMA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 2 del archivo 01 del expediente digital.

- Se declare la nulidad del traslado del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado mediante formulario de solicitud de vinculación o traslado de la AFP PORVENIR.
- Se ordene a la AFP PORVENIR, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los aportes recibidos por la afiliación del señor ILARIO HERNANDO RUIZ INCHIMA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.
- Se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir la totalidad de las sumas de dinero trasladadas por los fondos de pensiones privados con ocasión de la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional.

- Costas y agencias en derecho
- Facultades ultra o extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 1 y 2 del archivo 01 del expediente digital. El señor ILARIO HERNANDO RUIZ INCHIMA, nació el 13 de febrero de 1962 y durante su vida ha laborado en el sector privado y el sector público y aportado al Sistema General de Pensiones en periodos discontinuos desde el 17 de febrero de 1982, fecha en la cual se vinculó al Régimen pensional administrado por el ISS.

El 27 de julio de 1999 a causa de una indebida información suministrada por los asesores de la AFP PORVENIR, suscribió formulario de Solicitud de traslado de Régimen de pensiones del de prima media al de ahorro individual administrado por la mencionada AFP, quien faltó a su deber de información. La fecha de efectividad del referido traslado es el 1 de septiembre de 1999. La AFP PORVENIR no le brindó información frente al cambio de régimen de pensiones, ni mucho menos encausada a esclarecer las posibles desventajas que acarrearía el posible traslado del afiliado en sus expectativas prestacionales, ni hizo un estudio de rentabilidad que le permitiera adoptar la decisión más favorable a sus intereses pensionales.

Mediante escrito radicado 2020_7621708 del 6 de agosto de 2020, solicitó ante Colpensiones, la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional y el 11 de agosto de 2020, se presentó ante PORVENIR S.A, solicitud en la que se requería la declaración de nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

Mediante comunicación No. BZ2020_7621708-1797143 del 4 de septiembre de 2020 Colpensiones resolvió desfavorablemente su solicitud y en el mismo sentido resolvió la AFP Porvenir mediante comunicación 4107412031806300.

Actuación Procesal

Subsanada la demanda fue admitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad el 30 de julio de 2021 (archivo 09) y una vez notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 12 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación inicial a COLPENSIONES, las cotizaciones en forma discontinua y la reclamación presentada ante COLPENSIONES respecto a la nulidad del traslado, así como la respuesta negativa. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las declarables de oficio.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** En los términos del escrito visible en el archivo 10 del expediente digital, contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la prueba documental que se anexó con la demanda y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás
- Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de junio de 2022 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que resolvió declarar ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual de fecha 1º de septiembre de 1999 y ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los recursos o suma de la cuenta de ahorro individual del demandante correspondiente a los aportes y rendimientos que deberá recibir COLPENSIONES y reactivar la afiliación y los acredite como semanas de cotización teniendo para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado. No condenó en costas a las partes.

Llegó a esta determinación al considerar que el formulario de afiliación no es prueba suficiente y que conforme al interrogatorio absuelto por la parte demandante se estableció que él firmó el formato que le traía PORVENIR S.A. el 27 de junio de 1999 y firmó otro formulario en el 2001 con la nueva empresa, que son los aportados al

proceso, pero la AFP certificó la afiliación desde septiembre de 1999. Concluyó de lo indicado por el actor, que desconocía las ventajas y desventajas del traslado de régimen sino que le manifestaron que era mejor que el ISS y firmó el formulario en blanco sin hacer preguntas al asesor, por lo que la AFP demandada no acreditó cumplir con la obligación de suministrar la información, por lo que la suscripción del formulario no acreditaba un consentimiento informado, pues el demandante manifestó que se trasladó sin conocer que era un error, no hizo aportes voluntarios, no los conocía, no le hicieron asesoría posterior y aceptó que revisa el contenido de los extractos enviados por la demandada, pero que ahora le han comentado que después de un determinado capital ya no le dan nada. No conoció que debía trasladarse faltándole más de 10 años, porque no le informaron y estuvo fuera del país. En consonancia con las pruebas allegadas, el A-quo declaró la ineficacia del traslado, la devolución de los aportes y rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante y ordenó a COLPENSIONES recibir dichos aportes y contabilizar las semanas de cotización sin solución de continuidad en la afiliación del actor y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Recurso de Apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Demandadas:

PORVENIR S.A. – No interpuso recurso

COLPENSIONES. – Apeló parcialmente la decisión de primera instancia respecto a la devolución de la totalidad de los aportes, incluyendo los gastos de administración y los seguros previsionales para lo que citó la sentencia SL-2877 de 2020, por lo que considera que deben devolverle a COLPENSIONES estos valores, por lo que solicita se ordene la devolución en la forma indicada en la sentencia mencionada.

Alegatos ante este Tribunal (Art. 13. Ley 2213 de 2022)

Parte demandante: Solicita se confirme la decisión de primera instancia.

Parte demandada: No presentó alegatos en esta instancia

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación", el cual se limita a establecer si resulta procedente la restitución por parte de la AFP demandada de las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguro previsional.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 9 a 14 de la demanda expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES respecto de la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen y el traslado al régimen de prima media, radicada el 6 de agosto de 2020, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliado al RAIS desde el 1º de septiembre de 1999 conforme a la historia laboral suministrada por la AFP PORVENIR S.A., a la certificación expedida por la AFP el 5 de agosto de 2021 (fl. 45) y el formulario de afiliación del 28 de agosto de 2001 (fl. 46) aportados con la contestación de la demanda (archivo 10); afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la ineficacia del traslado de régimen no se interpuso recurso de apelación por ninguna de las partes, por lo que el objeto de estudio en esta instancia se limita a lo manifestado por COLPENSIONES en el recurso de apelación, esto es, a análisis de lo relacionado con el traslado de todas las sumas de dinero y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los gastos de administración y seguros previsionales.

Al respecto, es preciso indicar tal como lo manifiesta la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”.

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Es la AFP PORVENIR S.A. la que debe asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público, como se indica en la mencionada sentencia SL2877-2020, en la que al respecto expresó:

“El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.”

En el mismo sentido se ha manifestado la alta Corte en la sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, donde se dijo:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Conforme a las consideraciones anteriores se **MODIFICARÁ el ordinal primero** de la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver la totalidad de los dineros existentes en la cuenta individual del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

COSTAS.- No se condenó en costas de primera instancia y en segunda instancia no se causaron.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el trece (13) de junio de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración o seguros previsionales, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas. En primera instancia no se condenó en costas y sin costas en esta instancia pues no se causaron.

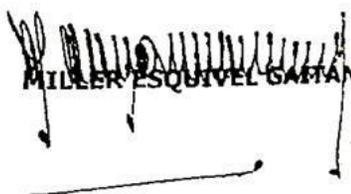
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA ALARCÓN DAZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. Rad. 2021 – 00600 01 Juz. 23.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

OLGA ALARCÓN DAZA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a las **AFP PROTECCIÓN S.A, y PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 4 del archivo 01 del expediente digital.

- Se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada por la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.S
- Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. retornar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado al RPM administrado por COLPENSIONES.
- Se ordene a COLPENSIONES, recibir en el régimen de prima media con prestación definida a la actora y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 1 a 4 del archivo 01 del expediente digital. Que la actora estuvo afiliada al ISS desde el 19 de febrero de 1987 hasta el mes de septiembre de 1995, periodo en el que acumuló 145,86 semanas de cotización en el RPM. Que se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en septiembre de 1995, momento en que les hicieron una reunión general para informar que a partir de la fecha cotizarían a dicho fondo por decisión de la empresa y les dieron una asesoría básica en la que les informaron que el ISS se iba a acabar.

En junio de 1998 la empresa trasladó a los empleados a la AFP COLPATRIA hoy en día PORVENIR S.A. sin una asesoría donde les informaran en forma clara y completa sobre las ventajas y desventajas del traslado ni hacer una proyección pensional o informarles sobre las oportunidades para retracto.

Que cuenta con 1204 semanas de cotización en el RAIS y radicó peticiones ante COLPENSIONES con radicado 2021-678822 que fue respondida negativamente el 8 de septiembre de 2021 y ante AFP PORVENIR con radicado 0100222109384000 donde igualmente recibió respuesta negativa.

Que la AFP PORVENIR realizó una simulación de su mesada pensional dando como resultado una suma de \$1.344.660 y en Colpensiones la simulación dio como resultado una mesada de \$2.142.001.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad el 14 de diciembre de 2021 (archivo 03), notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo; las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 5 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación inicial a COLPENSIONES el número de semanas cotizadas y la reclamación presentada ante COLPENSIONES respecto a

la anulación de traslado, así como la respuesta negativa. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos

- Formuló como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** En los términos del escrito visible en el archivo 06 del expediente digital, contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la prueba documental que se anexó con la demanda y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda conforme al escrito visible en el archivo 08, de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la documental aportada y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP PORVENIR S.A., traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalidación la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguros previsionales cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de mayo de 2022 (archivos 15 y 16) puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que resolvió declarar la ineficacia del traslado que hizo la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación junto con los rendimientos de manera indexada, sin efectuar descuento alguno por conceptos de administración o por cualquier otro concepto y la autorizó a efectuar el descuento del dinero que remitió a la AFP PORVENIR S.A. con ocasión del traslado a esta AFP. Condenó a PROVENIR S.A. a devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados sin descuento alguno por gastos de administración y cualquier otro concepto. Declaró que la demandante se encuentra afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES y no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que el formulario de afiliación no es prueba suficiente y que conforme al interrogatorio absuelto por la parte demandante se estableció que desconocía las desventajas del traslado de régimen y que se hizo por manifestación de su empleador. Que la firma del formulario no exoneraba a la AFP demandada de cumplir con la obligación a su cargo de probar haber suministrado la información, por lo que la suscripción del formulario no acreditaba un consentimiento informado y respecto a lo indicado en los hechos de la demanda consideró que la demandante tuvo una información general donde no se indicaron las características de los regímenes por lo que no podía conocer la conveniencia o inconveniencia del traslado que había realizado. Declaró la ineficacia del traslado, la devolución de los aportes rendimientos y gastos de administración y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Recurso de Apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Demandadas:

PROTECCIÓN S.A. - Argumentó que al formulario de afiliación no se le puede restar valor probatorio ya que era el único requisito para la época. Que la demandante está inmersa en la prohibición legal de trasladarse puesto que está a menos de 10 años de pensionarse; que era obligación de la actora de conformidad con el estatuto financiero artículo 6º de la Ley 1328 de 2009 averiguar por su pensión. Que la actora recibió asesoría completa y de acuerdo la sentencia SL.5752 de 2020 sobre actos de relacionamiento, se demostró que participó activamente durante su afiliación por lo que no era procedente la declaratoria de ineficacia. Por último, respecto a los gastos de administración y seguros previsionales, señala que no puede desconocerse que los frutos se deben conservar por la AFP por haber realizado una buena administración ya que lo contrario genera un enriquecimiento sin causa; además la AFP esta imposibilitada para repetir estos pagos a las aseguradoras, lo que igualmente generaría un enriquecimiento sin causa. En cuanto a las costas dice que no proceden puesto que existió buena fe de la demandada.

PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de la sentencia con fundamento en que la jurisprudencia no se puede aplicar de manera homogénea y en este caso no se dan las condiciones para su aplicación, pues la demandante realizó traslados horizontales y las condiciones de los regímenes se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993 por lo que la demandante debió adelantar con diligencia el traslado y precisar las consecuencias de sus decisiones. Menciona que la AFP actuó con buena fe y no existen razones para la declaratoria de la nulidad del acto jurídico ya que la decisión de traslado se hizo con conocimiento suficiente y verás. Respecto a los gastos de administración solicita se revoque porque la AFP cumplió con el objetivo y los dineros fueron invertidos correctamente y se aportaron a la cuenta de la demandante por lo que es improcedente conforme al concepto de la superintendencia financiera en estos casos.

COLPENSIONES. - Manifestó que existió manifestación libre y voluntaria de la demanda lo que se demuestra con la firma del formulario, que era la obligación que existía en ese momento, ya que la información solo se creó a partir del año 2012; además se dio una información por medio de los extractos lo que le permitía obtener una idea del monto de su mesada pensional y solicitar el traslado sin estar inmersa en la prohibición legal, por lo que solicita se revoque la sentencia y no se condene en costas a COLPENSIONES.

Alegatos ante este Tribunal (Art. 13. Ley 2213 de 2022)

Parte demandante;

Parte demandada; La Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, AFP Porvenir y AFP Protección solicitaron se revocara el fallo con fundamento en los mismos argumentos en el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se concreta en establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la condena a restituir las sumas de gastos de administración y seguro previsional, así como la condena en costas.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 59 a 64 del archivo 01 (pruebas) del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES respecto a la nulidad del traslado de régimen, radicada el 16 de junio de 2021 y la respuesta negativa de fecha 22 de junio de 2021 por parte de COLPENSIONES que obra a folio 68 a 71, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliado al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 29 de septiembre de 1995 y a COLPATRIA el 26 de junio de 1998, tal como se denota con los formularios de afiliación que reposan a folio 55 y 72 del archivo 01 Pruebas; afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo o ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión de trasladarse al RAIS no se le suministró una información suficiente respecto de las ventajas o desventajas de pertenecer al fondo privado lo que era necesario para tomar una decisión consciente. Al respecto, si bien la demandante diligenció las solicitudes de vinculación al RAIS por intermedio de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 29 de septiembre de 1995 y a COLPATRIA el 26 de junio de 1998, tal como se observa en los formularios de afiliación que reposan a folio 55 y 72 del archivo 01 (Pruebas) expediente digital, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, tal y como se indica en los recursos interpuestos por las demandadas, conforme a la jurisprudencia, es claro que el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante.

Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliado, entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyectara, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, y cuya carga correspondía a la AFP demandada, sin que le pueda ser

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

³ "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

⁴ "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

aplicable al caso el artículo 6º de la Ley 1328 de 2009, toda vez que para la época del traslado en el año 1995 no había sido expedida.

La demandante manifestó en el interrogatorio de parte que la empresa tomó la decisión de cambiar a sus trabajadores a la AFP porque había muchos comentarios respecto a que el ISS se iba a acabar y que si no firmaban se tenía que ir de la compañía; ella no sabía que se podía reintegrar al régimen del ISS, cree que los requisitos para pensionarse son iguales en los dos regímenes y la información sobre el tema fue que el ISS se acababa y que en adelante lo manejarían los fondos. No le hicieron ninguna asesoría ni proyección de la pensión y hace 4 años empezó a averiguar por su pensión y se dio cuenta que no le beneficiaba.

De lo anterior se puede concluir que no se suministró a la demandante una información clara y suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, en la cual quedaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación que suscribió con las AFP, pues lo que se observa es una total desinformación sobre los requisitos para pensionarse tanto del RAIS como del RPM, y ello permite concluir que no se le dio una información real y concreta; además de que no se le indicó la posibilidad que tenía de volver al RPM ni la edad hasta la cual tenía esta opción; lo que demuestra que la información suministrada no fue real y concreta para su caso y por tanto tampoco suficiente, toda vez que no le indicaron cuáles eran los aportes que debía realizar y cuál era el capital que necesitaría ahorrar para obtener la pensión.

Por lo anterior, una vez verificada la declaración rendida por la actora y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que las AFP demandadas no demostraron haber expuesto a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la

e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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"

falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS o por los traslados horizontales, sin que se le pueda endilgar obligación alguna al demandante, pues la obligación se encontraba en cabeza de la AFP demandada y no de la demandante como se pretende en el recurso.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

*“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

⁵ “ Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

En cuanto a los actos de relacionamiento que se indican en el recurso no son de recibo, toda vez que al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia SL 853-2022 lo siguiente:

“Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.”.

En cuanto la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, que argumenta COLPENSIONES en su recurso, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba vinculada antes del traslado al RAIS, por lo que procede la declaratoria de la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus rendimientos y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional, contrario a lo indicado por las recurrentes en su recurso, respecto de lo cual es necesario mencionar que el concepto de la Superintendencia Financiera hace referencia al traslado entre fondos y no a los casos en que se declara la ineficacia del traslado.

Igualmente, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de

2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”.

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público, como se indica en la sentencia SL2877-2020:

“El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.”

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, donde se dijo:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]”

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

En cuanto a la condena en costas se debe señalar que estas se imponen a quien resulta vencido en el proceso o recurso, razón por la que por haber interpuesto recurso de apelación las demandadas y resultar vencidas en esta instancia, se impondrá condena en costas.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PROTECCION S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de mayo de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.** Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una de ellas.

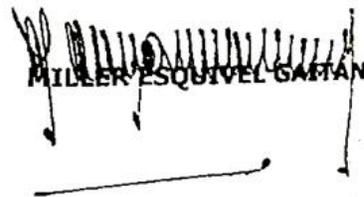
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAMÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARY LORENA ORDOÑEZ VÉLEZ
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2020 - 00407 01. Juz. 27.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior, el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARY LORENA ORDOÑEZ VÉLEZ demandó a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 7 del archivo 001 del expediente digital.

- Nulidad o Ineficacia del traslado de régimen realizado el 22 de abril de 2006.
- Se declare que la actora ha permanecido afiliada al RPM.
- Ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar al RPM administrado por COLPENSIONES todos los aportes realizados por la actora y a esta a recibirlos
- Pago de costas y gastos del proceso.
- Uso de facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 7 del archivo 001 del expediente digital, que por lo extensos se resumen de la siguiente manera: Que la actora nació el 23 de septiembre de 1969 y prestó sus servicios a diferentes entidades, cotizando

al RPM desde el 6 de enero de 1992. Que se trasladó a la AFP PROTECCIÓN el 1º de mayo de 2006 cuando contaba con 37 años. Que la AFP nunca le informó sobre las condiciones sobre las cuales se pensionaría y la indujo a error para que se trasladara afirmando que en el RAIS su pensión sería mucho mejor, sin suministrar una información completa y clara de las consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen, lo que hoy en día le genera un detrimento en su ingreso mensual, conforme a la simulación de la pensión que le realizara COLPENSIONES.

Con el fin de agotar la reclamación administrativa procedió a solicitar a la AFP PROTECCIÓN la nulidad de la afiliación el 30 de septiembre de 2020 que le fue respondida negativamente el 5 de octubre de 2020 y a COLPENSIONES solicitó traslado el 23 de septiembre de 2020 mediante comunicación radicada 2020_9453611 que igualmente le respondió de manera negativa el 23 del mismo mes y año.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 16 de junio de 2021 (archivo 006), notificadas las demandadas y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron la demanda como se observa a continuación:

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 07 expediente digital).

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la reclamación y la respuesta negativa; los demás hechos los negó o manifestó que no le constan.
- Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión y seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda en los términos del escrito visible en el archivo 08 expediente digital

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación inicial al RPM, la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Negó o manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepción previa la de falta de competencia por falta de reclamación administrativa y como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Sentencia de primera instancia

En audiencia llevada a cabo el 13 de julio de 2022 el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la instancia mediante sentencia de fondo en la que se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la actora al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A. Condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos, rendimientos, frutos e intereses sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes a garantía de pensión mínima o seguros previsionales. Ordenó a COLPENSIONES a afiliarse a la actora al RPM y a recibir los dineros mencionados. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Llegó a esta determinación luego de analizar las pruebas allegadas y siguiendo la línea jurisprudencial para concluir que la actora estuvo afiliada inicialmente al RPM y el 28 de marzo de 1996 se afilió a PROTECCIÓN S.A. y desde entonces ha estado afiliada a esta administradora. Encontró que la demandada no acreditó haber suministrado a la actora información suficiente y clara sobre los beneficios y

desventajas del traslado de régimen y solo aportó el formulario de afiliación, por lo que declaró probada la falta al deber de información, lo que genera la ineficacia del traslado de régimen y en consecuencia la devolución a COLPENSIONES de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus frutos, bonos, intereses y rendimientos sin descontar valor alguno por cuotas de administración, gastos de administración y seguros previsionales. Ordenó a COLPENSIONES recibir estos dineros y a tener como afiliada a la demandante al RPM. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Recurso de apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Las demandadas

AFP ROTECCIÓN.- No interpuso recurso de apelación.

COLPENSIONES .- Presentó recurso de apelación para lo que argumentó que no se demostró el engaño sufrido por la accionante ni la falta de asesoría por parte de la AFP, ya que la actora hizo el traslado libre de apremio y no obra prueba de error, fuerza o dolo, que permita concluir que existió inconformidad por parte de la accionante y no fue acreditado con el interrogatorio de parte. Que ella nunca manifestó inconformidad durante 16 años por lo que su traslado tiene plena validez y por ello le correspondía a la actora la carga de la prueba y por tanto, no tenía derecho al traslado del régimen, por lo que solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Parte demandante:

Parte demandada: AFP PROTECCIÓN; ratificó lo manifestado en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la actora del RPM al RAIS.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 23 de septiembre de 2020 (Fls. 19 archivo 03) en la que solicitó el traslado de régimen y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública (Fl. 20 archivo 03), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la parte actora

Frente al régimen pensional de la parte actora no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS en su caso administrado por PROTECCIÓN S.A. desde el 28 de marzo de 1996, conforme se evidencia en el formulario visible a folio 2 del archivo 003 y a la historia laboral aportada a folios 3 y siguientes del archivo 03.

Validez del traslado de régimen.- Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP PROTECCIÓN S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 28 de marzo de 1996, diligenció una solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A., conforme se evidencia en el formulario visible a folio 2 del archivo 003, con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

las administradoras de fondos de pensiones, esta Sala tiene en cuenta que conforme a la jurisprudencia, el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que la actora era conoedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante, como lo pretende COLPENSIONES en su recurso. Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP hubiera suministrado información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación.

Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la persona afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PROTECCIÓN S.A.), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021) y contrario a lo pretendido por COLPENSIONES, le correspondía a la AFP demandada, demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar

³ *"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"*

⁴ *"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.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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"

la existencia de algún vicio del consentimiento, error, fuerza o dolo como se indica en el recurso.

Nada de lo anterior demostró la AFP demandada pues respecto a la afiliación solo allegó el formulario de afiliación (fl. 2 archivo 03) y se limitó a manifestar que la afiliada diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, sin embargo, no demostró que haber brindado la información clara, oportuna y suficiente respecto de las condiciones particulares del RAIS, y en el interrogatorio de parte, la señora MARY LORENA ORDOÑEZ manifestó claramente que al momento de la afiliación en Bucaramanga en 1996, la empresa donde trabajaba les hizo una reunión grupal para que PROTECCIÓN les diera información sobre el traslado, les dijeron que sería un fondo privado que tendría mayor rentabilidad ya que en el ISS no había seguridad porque éste se acababa y debían elegir un fondo, no le indicaron ninguna desventaja del traslado, el formulario lo llenó el asesor y ella firmó. Que hace unos tres años recibe extractos de la AFP y el asesor del fondo le dijo que le convenía hacer un ahorro voluntario para mejorar su pensión y que le comentaron que en COLPENSIONES le darían una mejor pensión que en el fondo.

Al efectuar una valoración conjunta de los medios probatorios, no hay duda que la AFP demandada no demostró haber expuesto a la demandante un panorama de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, mucho menos, por el tiempo transcurrido, ya que, como lo ha rememorado la Sala Laboral de la CSJ, los actos denominados como "de relacionamiento" no convalidan o sanean la falta al deber que le asistía al fondo privado de suministrar la información al momento del traslado.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar

Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019), por lo anterior, para la Sala no hay duda que la parte actora no fue informada en debida forma al momento de efectuarse el traslado de régimen, por lo que la Sala confirma la decisión de ineficacia de la afiliación efectuada por la actora, lo que acarrea como consecuencia la ineficacia del traslado horizontal realizado a PROTECCIÓN S.A..

Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de

⁵ " Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En concordancia con lo anterior, no le asiste razón a la parte recurrente COLPENSIONES y en consecuencia se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

COSTAS

Las costas de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/L (\$1.000.000).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. – COSTAS. Las de primera instancia se confirman. Las de alzada están a cargo de la demandada recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/L (\$1.000.000).

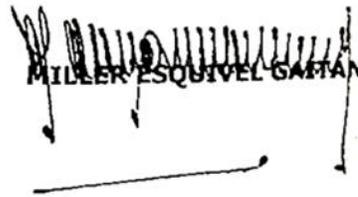
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NESTOR VANEGAS HOYOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. Rad. 2020 – 00519 01 Juz. 29.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

NESTOR VANEGAS HOYOS demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a las **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 2 del archivo 01 del expediente digital.

- Se declare la nulidad del traslado del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el actor mediante formulario de solicitud de vinculación o traslado de las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR S.A.
- Se ordene a las AFP demandadas, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los aportes recibidos por la afiliación del señor NESTOR VANEGAS HOYOS, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses.
- Se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a efectuar las acciones de cobro de la la totalidad de las sumas de dinero trasladadas por los fondos de pensiones privados con ocasión de la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional.

- En subsidio solicita, se condene a las demandadas a indemnizar los perjuicios ocasionados con el traslado de régimen con el pago de las diferencias entre la mesada que correspondería en el RPM y la que se reconozca en el RAIS hasta el día de su muerte o hasta el día en que cese el derecho de sus beneficiarios.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 6 del archivo 01 del expediente digital. El señor VANEGAS HOYOS nació el 26 de octubre de 1961 y se afilió al ISS el 29 de julio de 1986 hasta el 11 de octubre de 1995 en que se trasladó a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS. Posteriormente, el 25 de noviembre de 1996 se trasladó a PORVENIR S.A.

Que al momento del traslado no se informaron sobre el derecho al retractor, ni las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen, o las ventajas y desventajas del traslado o sobre las características del régimen, por lo que debe declararse la nulidad.

Cotizó al RPM 372,86 semanas y al RIAS 1174 y presentó reclamación ante COLPENSIONES para el traslado de régimen el 23 de septiembre de 2021 con respuesta negativa de la misma fecha y ante las AFP demandadas el 14 de julio de 2021 quienes igualmente, respondieron en forma negativa el 3 de agosto de 2021 y el 23 de septiembre de 2021 respectivamente.

Actuación Procesal

La demanda fue admitida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad el 24 de enero de 2022 (archivo 03) y una vez notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 09 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación inicial a COLPENSIONES, las cotizaciones al RPM y la reclamación

presentada ante COLPENSIONES respecto a la nulidad del traslado, así como la respuesta negativa. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos

- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos or fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las declarables de oficio.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito que obra en el archivo 06 del expediente digital, de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó la reclamación y la respuesta negativa por parte del Fondo y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos.
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** En los términos del escrito visible en el archivo 07 del expediente digital, contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la prueba documental que se anexó con la demanda y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás
- Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión administración y de seguros previsionales cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de julio de 2022 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que resolvió declarar ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual de fechas 11 de octubre de 1995 y 1º de noviembre de 1995 y ordenó a PORVENIR S.A. a

trasladar a COLPENSIONES los recursos o suma de la cuenta de ahorro individual del demandante correspondiente a los valores que recibió por concepto de la afiliación en un término de 30 días, los que deberá recibir COLPENSIONES. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. No condenó en costas a las partes

Llegó a esta determinación luego de comprobar que se acreditó la reclamación administrativa y que se dio una afiliación inicial al RPM y posteriormente se trasladó al RAIS. En cuanto a la información suministrada al momento del traslado consideró que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de la información suministrada, carga de la prueba que conforme a la jurisprudencia le correspondía a las AFP demandadas. Que el deber de información existía desde el inicio y que no se acreditó haber dado información clara y suficiente al demandante, pues no se ilustraron las condiciones específicas y los pro y contra de cada régimen para que el demandante tomara una decisión informada. En atención a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución a COLPENSIONES de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante en un término de 30 días, pero no los gastos de administración y de seguros previsionales. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones por haber declarado la ineficacia del traslado. No condenó en costas a las demandadas.

Recurso de Apelación

Demandante: Interpuso recurso parcial en cuanto al reintegro de todos los dineros incluidos los gastos de administración y seguros previsionales, para lo que citó las sentencias SL.4989 de 2018 y SL 1688 de 2019.

Demandadas:

PORVENIR S.A. – No interpuso recurso

PROTECCIÓN S.A.- No interpuso recurso

COLPENSIONES. – Apeló parcialmente la decisión de primera instancia respecto a la devolución de la totalidad de los aportes, incluyendo los gastos de administración y los seguros previsionales.

Alegatos ante este Tribunal (Art. 13. Ley 2213 de 2022)

Parte demandante: Sustentó el recurso con los mismos fundamentos presentados en primera instancia.

Parte demandada: La AFP Porvenir S.A. sustentó el recurso con los mismos fundamentos presentados en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la restitución por parte de las AFP demandadas de las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguro previsional.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 40 a 48 de la demanda expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES respecto de la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen y el traslado al régimen de prima media, radicada el 23 de septiembre de 2021 y la respuesta negativa de COLPENSIONES que obra a folios 49 a 51, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliado al RAIS conforme a los formularios de afiliación suscritos por el demandante el 11 de octubre de 1995 y el desde el 25 de noviembre de 1996 (fl. 64 y 77 del archivo 01) y a la historia laboral suministrada por la AFP PORVENIR S.A., (fl. 28 y siguientes del archivo 01) aportados con la demanda; afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la ineficacia del traslado de régimen no se interpuso recurso de apelación por ninguna de las partes, por lo que el objeto de estudio en esta instancia se limita a lo manifestado por tanto por la parte actora como por COLPENSIONES en el recurso de apelación, esto es, a análisis de lo relacionado con el traslado de todas las sumas de dinero y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los gastos de administración y seguros previsionales.

Al respecto, es preciso indicar tal como lo manifiesta la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”.

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de las AFP demandadas a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP demandadas las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público, como se indica en la mencionada sentencia SL2877-2020, en la que al respecto expresó:

"El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida."

En el mismo sentido se ha manifestado la alta Corte en la sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, donde se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]"

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Conforme a las consideraciones anteriores se **MODIFICARÁN los ordinales segundo y tercero** de la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán devolver la totalidad de los dineros existentes en la cuenta individual del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración y seguros previsionales, los que igualmente deberá recibir COLPENSIONES.

COSTAS.-

No se condenó en costas de primera instancia y en segunda instancia no se causaron.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR los ordinales segundo y tercero primero de la sentencia proferida el ocho de julio de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A. deberán devolver a COLPENSIONES todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración o seguros previsionales, los que igualmente deberá recibir COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas. En primera instancia no se condenó en costas y sin costas en esta instancia pues no se causaron.

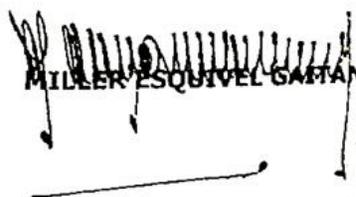
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RAFAEL ANTONIO CAMACHO GUERRERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Rad. 2021 00065 01. JUZ 37.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

RAFAEL ANTONIO CAMACHO GUERRERO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 3 del expediente digital general.

- Se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen y la afiliación al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. de fecha 30 de enero de 1995
- Se ordene el retorno de la demandante al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES sin solución de continuidad
- Se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financiero de la cuenta de ahorro individual del demandante y las sumas adicionales de la aseguradora
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a del expediente digital. El señor RAFAEL ANTONIO CAMACHO GUERRERO nació el 06 de julio de 1958 y realizó cotizaciones para pensión, al extinto ISS desde el 16 de junio de 1992 hasta el 28 de febrero de 1995. Se trasladó al ARIS conforme formulario de afiliación diligenciado el 30 de enero de 1995 con la AFP PORVENIR S.A., fecha para la cual no reunía el requisito de permanencia de tres (3) años en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, establecido en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993; además no se le informó el derecho a retractarse, ni se le proporcionó una asesoría clara, completa, suficiente, veraz y oportuna, que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y compararlos con las condiciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al cual se encontraba afiliado.

Solicitó a COLPENSIONES tenerlo como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, al que COLPENSIONES dio respuesta a través de oficio BZ2020_8826579-1819498 del 04 de septiembre de 2020, en la que manifestó que no es posible activar ninguna afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como tampoco recibir los aportes realizados en la AFP.

Mediante escrito radicado el 13 de agosto de 2020 solicitó a la AFP PORVENIR S.A., anular su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y trasladarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES al que dio respuesta en escrito radicado 0100222107937100 manifestando que no es procedente realizar la desvinculación del Régimen de Ahorro Individual.

De acuerdo con la liquidación de la pensión en el RPM le correspondería una mesada por valor de \$1.940.581

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad el 25 de febrero de 2021 (fl. 80 a 81), notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 97 a 116 del expediente digitalizado general.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, la edad del actor y la reclamación administrativa. Negó o manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visible a folios 164 a del expediente digitalizado general.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y la documental allegada al proceso. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos.
- Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el día 11 de julio de 2022 en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la parte actora el 30 de enero de 1995 y condenó a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los bonos y rendimientos financieros junto con los gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROVENIR S.A.

Llegó a esta determinación ya que conforme al criterio jurisprudencial le correspondía a la AFP allegar la prueba respecto a la información suministrada, por cuanto la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para afirmar que la parte actora había recibido la información necesaria, suficiente y clara para tomar la

decisión de trasladarse de régimen pensional; además, del interrogatorio absuelto por el demandante concluyó que no se suministró información suficiente y verás, pues desconocía el funcionamiento del fondo privado y los requisitos para la pensión, razón por la cual no se cumplieron los lineamientos de la jurisprudencia por parte de la AFP. Por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado de régimen y ordenó el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR por ser la AFP que incumplió con el deber de información.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES. Argumentó en su recurso que la vinculación realizada por el demandante es válida toda vez que se en la época no existía el deber de información en la forma en que se indicó en la demanda, esto es, de asesoría y buen consejo, lo que ha ocurrido con el transcurso del tiempo, lo que viola el principio de legalidad y debido proceso pues se aplica una norma inexistente en ese entonces, voluntad que se ratificó con la permanencia en el RAIS por más de 20 años; además las normas que regían el régimen debían ser conocidas por el demandante pues se encuentran contenidas en la Ley 100 de 1993. En cuanto al traslado de los dineros señala que se impacta la reserva del sistema pensional. En subsidio solicita se le absuelva de las costas pues no tuvo injerencia alguna en el acto del traslado y se confirme el traslado de los dineros con los gastos de administración.

PORVENIR S.A.- Expuso en su recurso que la línea jurisprudencia debe ser aplicada en casos similares, lo que no sucede en este proceso, pues el demandante se afilió de manera voluntaria al RAIS. Que se desconoce el principio de retroactividad de la ley pues no existía para la época la obligación de información que se alega. Que el demandante estuvo afiliado por más de 20 lo que confirma su deseo de permanecer en el régimen de ahorro individual. Considera que, si las cosas volvían al estado anterior, los frutos no se habrían producido lo que coloca al actor en una condición mejor que los demás afiliados al RPM y en cuanto a los gastos de administración no son procedentes pues no están en poder de su representada pues fueron destinados a cubrir los riesgos de invalidez y muerte por lo que no resulta admisible su devolución. En cuanto a las costas no proceden pues no procede tampoco la declaratoria de ineficacia.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: No presentó alegatos de conclusión.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. presentaron sus alegatos con fundamento en el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". En este caso en el recurso se debe analizar si es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los gastos de administración y las costas procesales.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 49 del expediente, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES el 30 de septiembre de 2020 y la respuesta de fecha 4 de septiembre de 2020, visible a folio 51, donde se niega la solicitud de traslado de régimen, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliado al RAIS porque suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 31 de enero de 1995 (fl. 63 expediente digitalizado general), afiliación que actualmente se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo e ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no le suministró ningún tipo de asesoría que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el demandante el 31 de enero de 1995 suscribió el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., como se observa a folio 63, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, como lo señala en su recurso la AFP PORVENIR S.A., pues era la norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable al efectuar un cálculo actuarial. Este deber probatorio indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador (en este caso PORVENIR S.A.), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, por lo que no

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

³ "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

⁴ "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.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

le correspondía al actor buscar la información, lo que no significa desconocimiento de la Ley 100 de 1993, como lo pretende la AFP PORVENIR S.A., pues la información respecto a la forma como se liquidaría su pensión debía ser informada por ella, pues el deber de información estaba en cabeza de la AFP y por lo tanto no hubo negligencia de su parte ni desconocimiento de la ley ya que era responsabilidad de la AFP suministrar la información necesaria.

Como la carga de la prueba se encontraba a cargo de PORVENIR S.A. le correspondía demostrar haber suministrado la información, lo que no hizo, y en el interrogatorio de parte el actor indicó que lo hizo por intermedio de un asesor que asistió a la empresa donde laboraba; que le dijeron que eran mejores las condiciones en la AFP que en el ISS, pero que las condiciones eran las mismas, que se hizo en una reunión general en la oficina y que la pregunta que hizo en ese momento era que si eran iguales las condiciones y le dijeron que como beneficios, que ellos pagaban mejores intereses, pero que los requisitos eran los mismos. Aceptó haber suscrito el formulario voluntariamente y fue un error no haber leído a fondo el formulario y creyó en la palabra del asesor; ha verificado el saldo ahorrado conforme a los extractos, pero no conoce los requisitos reales, sino que hace dos años pidió una asesoría y fue cuando se enteró que estaba en desventaja y continuó en la AFP porque los asesores le decían que era lo mejor. La demandada se limitó a manifestar que la parte actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero no demostró haberle expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS, lo que no ratifica o convalida ninguna situación como lo pretende resaltar por las recurrentes. Así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la

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"

aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Respecto del argumento de PORVENIR S.A. donde refiere que se atenta contra los principios de seguridad jurídica porque se aplica una norma que no estaba vigente para entonces, es menester indicar que la declaratoria de ineficacia declaratoria no es caprichosa por parte del A-quo, por el contrario, la jurisprudencia de la SL CSJ ha sido clara en indicar que la falta de información acarrea esta consecuencia y que el acto de reclamar o solicitar la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible, en razón a que, no se discute en el momento beneficio económico alguno, solo se juzga el actuar correcto o incorrecto de la AFP al momento de lograr la afiliación del trabajador.

En relación con la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que el demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y en consecuencia, dicho argumento no es aplicable al caso.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, impartida en contra de la AFP PORVENIR S.A., es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual las AFP deberán transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma

retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de Colpensiones y así se evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones, contrario a lo manifestado en el recurso por parte de COLPENSIONES. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Respecto de las costas, estas proceden a cargo de la parte vencida en el proceso o en el recurso, como en este caso en que PORVENIR S.A. resultó vencida en este caso, razón por la que se confirma la condena impuesta en su contra en la sentencia de primera instancia.

Conforme a las motivaciones anteriores se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS.-

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** por resultar vencidas en el recurso. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el once (11) de julio de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Treinta y siete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. –Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

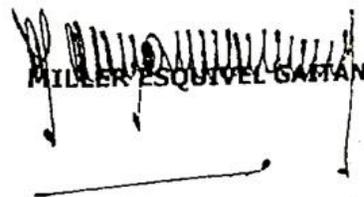
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ENRIQUE CORONADO MURCIA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Rad. 2020 00431 02. JUZ 38.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ENRIQUE CORONADO MURCIA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 4 del expediente digital archivo 01.

- Se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen y la afiliación al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. realizada el primero de julio de 2007
- Se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financiero de la cuenta de ahorro individual del demandante y las sumas adicionales de administración y aseguradora
- Se ordene el retorno del demandante al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES, sin solución de continuidad
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 8 del expediente digital (archivo 01). Desde el 04 de agosto de 1997 hasta el 30 de junio de 2007, el señor ENRIQUE CORONADO MURCIA estuvo afiliado al ISS y para el 30 de junio de 2007 contaba con 663 semanas cotizadas.

Que cuando laboraba en Villegas Editores S.A, los asesores de la AFP PORVENIR S.A, le hablaron de tener una pensión mejor y segura en el RAIS, debido a que el ISS estaba a punto de cerrar, pero no le indicaron las consecuencias del traslado de un fondo público al fondo privado, o sobre la pérdida de beneficios que tendría por cambiarse de régimen; no le realizaron una proyección pensional de acuerdo a su edad y salario de la época y no le indicaron los requisitos necesarios para pensionarse.

Ha cotizado un total de 1253 semanas a octubre del 2020 y el día 04 de febrero de 2020 presentó derecho de petición a COLPENSIONES con radicado 2020_1486587, solicitando que se declarara la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia, que sea retornado al régimen de prima media con prestación definida y mediante oficio de fecha 17 de febrero de 2020 radicado 2020_1722500, COLPENSIONES respondió manifestando que no es posible realizar la nulidad de traslado del RPM.

Que mediante oficio de fecha 06 de febrero de 2020 la AFP PORVENIR S.A. dio respuesta a la solicitud del retorno al régimen de prima media con prestación definida, negando el retorno y comunicándole que para cuando cumpliera los sesenta y dos (62) años, el valor de la mesada sería de un salario mínimo.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad el 8 de febrero de 2021, notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 06 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la afiliación inicial del actor al ISS y la reclamación administrativa. Negó o manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la innominada o genérica, improcedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito que obra en el archivo 10 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la documental allegada al proceso. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos.
- Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Se declaró no contestada la demanda por parte del juzgado, decisión contra que se interpuso recurso de apelación lo que fue resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá, confirmando la decisión de primera instancia, por lo que no se tiene en cuenta esta contestación.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el día 14 de julio de 2022 en la que declaró la ilegalidad del traslado de régimen efectuado por la parte actora en el mes de mayo de 2007. Ordenó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES a adelantar conjuntamente las gestiones para retornar al RPM las cotizaciones efectuadas por el actor al RAIS debidamente indexadas, en un término de 30 días y en caso de ser insuficientes las sumas existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, se pagarán con cargo a los recursos propios de PORVENIR S.A. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que el traslado de régimen se hizo sin tener en cuenta que no se había cumplido el término de permanencia establecido en la Ley 100 de 1993 que inicialmente era de 3 años y con la Ley 797 de 2003 era de 5 años y conforme al reporte emitido por ASOFONDOS el demandante se afilió al ISS el 3 de noviembre de 1994 por lo que podía ejercer movilidad cada 3 años en vigencia de la Ley 100 de 1993 y cada 5 años en vigencia Ley 797 de 2003. Por lo que podía ejercer esa opción con corte al 3 de noviembre de 1997-2000-2003 y después cada 5 años, esto es con corte al 3 de noviembre de 2004 y luego con corte al 3 de noviembre de 2009, por lo que consideró que se vulneraron las restricciones temporales de movilidad y en consecuencia, al margen de la información suministrada al actor al momento del traslado de régimen, debía declararse la ilegalidad del traslado, razón por la que carecería de todo efecto, ya que no es dable convalidar la ilegalidad de la afiliación. En consecuencia, ordenó a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES realizar de manera conjunta el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, debidamente indexados en un plazo de 30 días y en caso de no ser suficientes los valores existentes en la cuenta, ordenó a la AFP PORVENIR cancelarlos de su propio peculio. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES. Argumentó en su recurso que es errada la interpretación respecto al término de permanencia en el régimen, que no se trata de un plazo en el que se debe tener en cuenta la fecha en que se cumplen los 5 años de manera estricta, sino que se trata de darle sostenibilidad del régimen pensional estableciendo un mínimo de permanencia en el régimen y cumplido este término se puede trasladar de régimen, pero que en este caso ya había transcurrido dicho término ya que se encontraba afiliado desde 1977. Señaló que la afiliación se dio conforme a la norma vigente para ese momento pues el actor suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria y se le suministró la información necesaria para ello; además de haber pasado más de 15 años desde el traslado, lo que conlleva un detrimento patrimonial para el RPM. Solicita que en caso de no aceptarse sus argumentos se trasladen los aportes con sus correspondientes rendimientos, frutos e intereses, así como los gastos de administración de seguros previsionales y se supedite la condena a que el fondo traslade los valores mencionados desde la afiliación hasta la actualidad.

PORVENIR S.A.- Expuso en su recurso que el límite temporal para esa anualidad ya se había superado, pues contaba con un tiempo superior al establecido en la norma, por lo que lo que la AFP recibió al actor conforme a la normativa vigente que exigía solamente la suscripción del formulario de afiliación y por lo tanto el traslado goza de plena validez. Señaló que no se ha decidió el recurso respecto a la reposición del auto anterior y en cuanto a los dineros existentes en la cuenta los rendimientos financieros manifestó que los rendimiento no se habrían ocasionado si el demandante se hubiera mantenido en el RPM, por lo que se está afectando el patrimonio del fondo cuando estos dineros ya no se encuentran en poder de la AFP pues se utilizaron para los respectivos gastos previsionales.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante; No presentó alegatos de conclusión.

Parte demandada; La Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones presentó sus alegatos con fundamento en el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". En este caso, se procede a analizar si el traslado se efectuó dentro de la restricción temporal por permanencia, establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 y si es procedente la declaratoria de ilegalidad y/o ineficacia del traslado de régimen y el consecuente traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los gastos de administración y seguros previsionales. Por otra parte si es procedente supeditar el cumplimiento de la sentencia.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 40 a 45 del archivo 01 expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES el 4 de febrero de 2020 y la respuesta de fecha 17 de septiembre de 2020, visible a folio 47, donde se niega la solicitud de traslado de régimen, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliado al RAIS porque suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 29 de mayo de 2007 (fl. 45 contestación de la AFP PORVENIR S.A. expediente digitalizado), afiliación que actualmente se encuentra vigente.

Restricción temporal por el término de permanencia en el régimen.- Para el momento del traslado de régimen, que se efectuó el 29 de mayo de 2007 se encontraba vigente el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que será éste el artículo que se tendrá en cuenta a efectos es establecer si el traslado se efectuó dentro del término de permanencia temporal que se establecía para los traslados entre los diferentes regímenes.

En el citado artículo se estableció que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y una vez efectuada la selección inicial y sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial.

En el caso en estudio, la selección inicial, esto es la realizada a COLPENSIONES, conforme a la certificación expedida por COLPENSIONES el 9 de diciembre de 2019 y que obra a folio 19 (demanda archivo 02), fue el 3 de noviembre de 1994 aunque como se puede observar en el resumen de semanas de cotización visto a folios 21 y siguientes del mismo archivo, la afiliación inicial se dio el 4 de junio de 1977.

Tomando para este efecto cualquiera de las dos fechas de afiliación inicial, bien sea el 4 de junio de 1977 o el 3 de noviembre de 1994, el demandante, para la fecha del traslado, esto es, para el 29 de mayo de 2007, ya había superado el término de 5 años establecido en la norma como requisito de permanencia en el régimen, sin que pueda contabilizarse dicho termino en la forma en que lo hizo el A-quo, esto es

como si el demandante solo pudiera trasladarse el día en que cumpliera los 5 años de permanencia, pues la norma lo que establece es que podrá hacerse por una sola vez contados los 5 años a partir de la afiliación inicial.

Así las cosas, los argumentos expuestos por el A-quo carecen de fundamento legal; sin embargo, como se concedió el traslado de régimen se procederá a continuar con el análisis de las pretensiones y recursos interpuestos contra la decisión de primera instancia, tomando en cuenta las demás pruebas allegadas al proceso.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alegó en su demanda que se debe declarar nulo e ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no se suministró una asesoría que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el demandante el 29 de mayo de 2007 suscribió el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, como se señala en el recurso, pues era la norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones hasta la expedición de la Ley 1328 de

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

2009; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar, que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable al efectuar un cálculo actuarial. Este deber probatorio indudablemente le correspondía a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, en este caso PORVENIR S.A., pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le correspondía demostrar que le informó al afiliado, entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones"; pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

³ *"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"*

jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, por lo que la información respecto a la forma como se liquidaría su pensión debía ser suministrada por ella, ya que el deber de información estaba en cabeza de la AFP.

Al respecto en el interrogatorio de parte el actor indicó que se trasladó de régimen en el año 2007, aceptó haber firmado el formulario, pero no recuerda haberlo leído. La información que tenía era que el ISS se iba a terminar y los ahorros pensionales corrían el peligro de perderse, por lo que el fondo ofrecía una mayor garantía de pensión; no tiene conocimiento de cuáles eran los requisitos para pensionarse en el ISS y no sabe cuántas semanas tenía cotizadas en el RPM; el motivo del traslado fue para no perder los ahorros de la pensión; pero que cuando se acercó al fondo para preguntar por su pensión, le dijeron que era un salario mínimo por lo que averiguó en COLPENSIONES y le dijeron que era mejor la pensión. Por su parte, la demandada se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero no demostró haberle expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por la permanencia en el RAIS, lo que no ratifica o convalida ninguna situación como se pretende en los recursos. Así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos,

⁴ "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.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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"

pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos." (Negrilla y subrayado fuera del texto).

La jurisprudencia de la SL CSJ ha sido clara en indicar que la falta de información acarrea como consecuencia la ineficacia del traslado y que el acto de reclamar o solicitar la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible, en razón a que, no se discute en el momento beneficio económico alguno, solo se juzga el actuar correcto o incorrecto de la AFP al momento de lograr la afiliación del trabajador.

En relación con la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual sin descuento de los cobrados por concepto de administración y seguro previsional, impartida en contra de la AFP PORVENIR S.A., es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual las AFP deberán transferir a COLPENSIONES todos los conceptos que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues se está obligando a Colpensiones a recibir unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de

los dineros respectivos del actor no genera un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de Colpensiones y así se evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones, contrario a lo manifestado en el recurso por parte de COLPENSIONES.

Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Los demás aspectos como la indexación de los dineros a trasladar y el plazo para este efecto, como no fueron objeto de apelación por parte de la AFP PORVENIR S.A., no serán objeto de estudio.

En relación con la solicitud de COLPENSIONES a que se supedite la condena a que el fondo traslade los valores mencionados desde la afiliación hasta la actualidad, debe tenerse en cuenta que en la sentencia recurrida no se impuso condena alguna a cargo de COLPENSIONES, sino que se dispuso que de manera conjunta realizaran las diligencias pertinentes para el traslado de los dineros, por lo que no hay lugar a supeditar el cumplimiento de la condena que se impuso a la AFP PORVENIR S.A. y no a COLPENSIONES

En relación con la apelación del auto que tuvo por no contestada la demanda, el recurso fue concedido en el defecto devolutivo y se decidió mediante providencia anterior que confirmó la decisión tomada por el A-quo.

Conforme a las motivaciones anteriores se CONFIRMARÁ, aunque por las razones aquí expuestas, la sentencia de primera instancia.

COSTAS.- Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** por resultar vencidas en el recurso. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el once (11) de julio de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Treinta y siete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. –Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAMÁN