

**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 SARA MONROY RUIZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 2017 – 00703 Juz. 30**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veinte (2020), 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**

SARA MONROY RUIZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 47 y 48.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extrapetita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 48 y 49 y 71 a 72. Nació el 27 de octubre de 1958. Comenzó a cotizar al ISS desde el 21 de diciembre de 1983 y desde 1991 para Cajanal. El 28 de mayo del 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Colfondos. Los asesores de Colfondos, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. El valor de la mesada pensional en Colfondos sería de \$1.234.396 muy inferior a la que obtendría si estuviera afiliada al régimen de prima media que según sus cálculos correspondería a \$4.057.186. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

## **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 84 a 91. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y edad de la demandante, la reclamación elevada y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** en términos del escrito visible en fls. 116 a 122. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha del traslado al RAIS y el monto de la mesada que le correspondería en ese régimen.
- Formuló como excepciones de mérito las de; validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción.

## **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colfondos y ordenó a esta a devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y gastos de administración. Llegó a tal decisión luego de establecer que si bien la demandante no cumple con los requisitos para regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la AFP Colfondos no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es, ilustrando suficientemente a la afiliada sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

## **Recurso de Apelación**

El apoderado de **Colfondos** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia parcialmente en cuanto a la condena por devolución de gastos de administración porque se hacen por disposición legal y se estaría lucrando la demandante sin justificación, sumado a que si el resultado de declarar la ineficacia es que todo vuelva a su estado

original y se retrotraigan las cosas como si la afiliación no hubiese existido, por principio de equivalencia se debería ordenar la devolución por parte de la demandante de los rendimientos que obtuvo en el régimen de ahorro individual y que no hubiera obtenido en el régimen de prima media y del mismo se debe revocar la condena en costas.

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

**Parte demandante:** Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Colfondos al momento del traslado de régimen.

### **Parte demandada**

**Colpensiones:** Indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se trasladó de manera libre y voluntaria y no aprovechó las oportunidades legales para regresar al régimen de prima media, además de que no cumple con los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para trasladarse en cualquier momento de régimen.

La otra demandada AFP Colfondos se abstuvo de presentar alegatos.

## **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 orden impartida a Colfondos de devolver los gastos de administración y la condena por concepto de costas, sin que sea viable conocer en el grado jurisdiccional de consulta las demás condenas pues se circunscriben únicamente a la invalidez o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, la cual solo le compete y afecta a la AFP Colfondos quien no manifestó alguna inconformidad frente a ese aspecto.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 13, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 28 de septiembre de 2016, en la que solicita el traslado de régimen, con la 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 actora**

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 28 de mayo del 1998 cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos (fl. 124) a la cual se encuentra actualmente vinculada.

### **Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración**

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración, impartida en contra de la AFP Colfondos, 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 deberá transferir a Colpensiones todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la 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, sin que resulte valedero el argumento de que se origina en una disposición legal y que en caso de haber permanecido la demandante en el ISS hoy Colpensiones también esa entidad le hubiera efectuado ese descuento, pues por el contrario el hecho de 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.

### **Condena en Costas a Colfondos**

Frente a la censura de la condena impuesta por concepto de costas, es de indicar que las costas impuestas son una consecuencia de la oposición a las pretensiones que hizo Colfondos, por lo tanto resulta correcta y proporcional esa condena.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente AFP Colfondos. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

## 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

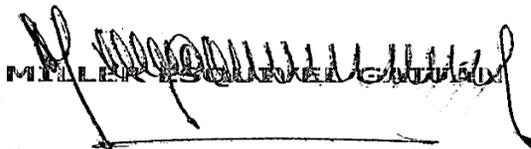
**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de diciembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente AFP Colfondos. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

  
MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

**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 FERNANDO ORTEGÓN MONTENEGRO  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y  
AFP PORVENIR S.A. Rad. 2017 – 00762 Juz. 12**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veinte (2020), 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**

FERNANDO ORTEGÓN MONTENEGRO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 y 6.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 5. Comenzó a cotizar al Cajanal desde el 1º de febrero de 1982. El 15 de julio de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Porvenir. Los asesores de Porvenir, por medio de engaños lo persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

## **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 93 a 95. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de afiliación a Cajanal y del traslado de régimen y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 123 a 129. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha del traslado de régimen y que actualmente se encuentra afiliado a esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante el formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

## **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el cual deberá efectuarse a Colpensiones a pesar de que cuando el demandante se trasladó de régimen se encontraba afiliado a Cajanal, ya que en la actualidad es la única administradora del régimen de prima media con prestación definida.

## **Recurso de Apelación**

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria suscribiendo los formularios que exige la ley y no se demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento. Para la época en que se efectuó, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen y que en todo caso las irregularidades que se pudieron presentar se subsanaron con la suscripción de un nuevo formulario en el año 2004 cuando se trasladó de Colpatria a Porvenir, además se debe tener en cuenta que el demandante es abogado y debió tener conocimiento de las consecuencias del traslado de régimen.

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

**Parte demandante:** Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir al momento del traslado de régimen.

## **Parte demandada**

**Colpensiones:** Indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se trasladó de manera libre y voluntaria y no aprovechó las oportunidades legales para regresar al régimen de prima media, además de que no cumple con los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para trasladarse en cualquier momento de régimen.

**Porvenir:** Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento para el momento del traslado y que conforme el acervo probatorio se probó que esa entidad actuó de buena fe y conforme la legislación vigente para el momento del traslado de régimen.

## **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.

## **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 51, contentiva de la respuesta a la reclamación administrativa de fecha 3 de octubre de 2017, en la que solicita el traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional del actor**

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 09 de junio del 1996 cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir (fl.132) dentro del cual se trasladó el 20 de mayo del 1998 a Colpatria hoy Porvenir a la cual se encuentra actualmente vinculado (fl. 133).

## **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP Porvenir no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien el actor el día 9 de junio del 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 132), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

---

<sup>1</sup> **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.*

administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedor 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 a 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 encuentra la sentencia fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora hacia la entidad demandada, 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. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual no es necesario demostrar

---

*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)*

<sup>2</sup> “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”

<sup>3</sup> “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 existencia de algún vicio del consentimiento como erróneamente lo alega la apoderada Porvenir.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró al actor una información general donde explicaban los beneficios del régimen, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de 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 27 años para alcanzar la edad de pensión.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por la apoderada de Porvenir, no se subsanan por el hecho de que el actor ya estando dentro de régimen de ahorro individual, decidiera cambiar en varias oportunidades de AFP, pues nótese que todo es fruto de una decisión viciada de nulidad y porque en ningún momento las acciones posteriores de una tercera entidad legitima las acciones de Porvenir. Tampoco lo hace el hecho de que el demandante es abogado ya que el nivel de estudios de una persona no lo hace conocedora de todas las implicaciones de un traslado de régimen pensional.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

---

*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"*

## **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Porvenir. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

## **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**

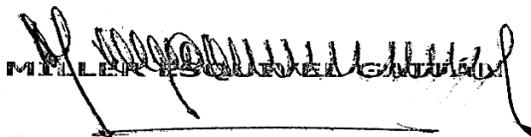
**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de febrero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Porvenir. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

## **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

  
MILLER ESQUIVEL GUTIÉRREZ

**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 SANTIAGO JULIO CAMACHO PEÑA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2018 – 00084 Juz. 34**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veinte (2020), 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**

SANTIAGO JULIO CAMACHO PEÑA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 38 y 39.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 36 a 38. Nació el 20 de marzo de 1956. Comenzó a cotizar al ISS desde el 1 de agosto de 1984 aunque previamente había cotizado a la Caja de Previsión Social del municipio de Bucaramanga. El 14 de abril del 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en Porvenir. El asesor de Porvenir, por medio de engaños lo persuadió para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informó el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. En año 2017 Porvenir le informó que el valor de la mesada pensional sería de \$2.111.300 muy inferior a la que obtendría si estuviera afiliado al régimen de

prima media que según sus cálculos correspondería a \$4.763.173. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 72 a 86. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, la de afiliación al ISS y la de traslado de régimen y las reclamaciones elevadas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 115 a 123. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y edad del demandante, el valor de la mesada que le proyectó y la reclamación elevada ante esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

## **Recurso de Apelación**

El apoderado de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia porque el traslado de régimen fue válido, pues para la época en que se efectuó, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen y que no se le puede imputar a Porvenir toda la carga probatoria frente a la asesoría, pues también correspondía a la demandante probar la omisión de la entidad.

La apoderada de **Colpensiones** interpuso recurso de para que se revoque la sentencia; porque se debe tener en cuenta que para la época en que se efectuó el traslado, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen. La ignorancia de la ley no puede servir de excusa ya que todas las características del RAIS están contenidas en la ley, lo cual eventualmente generaría un error de derecho el cual no vicia el consentimiento.

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

**Parte demandante:** Solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir al momento del traslado de régimen.

### **Parte demandada**

**Colpensiones:** Además de reiterar los fundamentos de la apelación indica que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez sumado a que la demandante no aprovechó las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media, además esto puede afectar la sostenibilidad del régimen de prima media.

**Porvenir:** Reitera los fundamentos de la apelación e indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria, no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento para el momento del traslado y que conforme el acervo probatorio se probó que esa entidad actuó de buena fe y conforme la legislación vigente para el momento del traslado de régimen.

## **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.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 27, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 5 de octubre de 2017, en la que solicita el traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional del actor**

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 14 de abril del 2000 cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir a la cual se encuentra actualmente vinculado (fls. 8).

### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP Porvenir no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien el actor el día 14 de abril del 2000 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 8), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

---

<sup>1</sup> **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.*

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 a 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 encuentra la sentencia fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 retiró, 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 genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora hacia la entidad demandada, 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

---

*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)*

<sup>2</sup> “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”

fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como erróneamente lo alegan los apoderados de las demandadas.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró al actor una información general donde explicaban los beneficios del régimen, lo cual es ratificado por el demandante en el interrogatorio de parte, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de 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, aun cuando le faltaban más de 18 años para alcanzar la edad de pensión.

Resulta desacertada la afirmación de la apoderada de Porvenir al manifestar que al estar consagradas las características de los dos regímenes pensionales en la ley, no era necesario que el fondo de pensiones le explicara al demandante las implicaciones de trasladarse de régimen, pues se reitera, la exigencia de que la AFP suministre a sus afiliados una información completa y comprensible, fue inicialmente de desarrollo jurisprudencial, por la evidente complejidad del tema, a pesar del contenido de la Ley 100 de 1993 y porque en la actualidad es indudable que para que una persona pueda ser beneficiaria de las ventajas que ofrece ese régimen debe tener en la cuenta individual un saldo sumamente alto que nunca se alcanzara con los aportes regulares que hace un trabajador en su vida laboral.

---

<sup>3</sup> “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”

Así las cosas, es evidente para esta Sala que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes AFP Porvenir y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para 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**

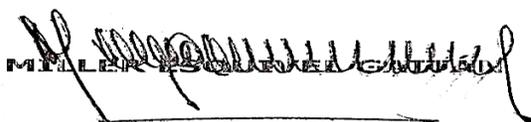
**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de febrero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes AFP Porvenir y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

  
MILLER ESCOBAR

**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 LUIS MENDEZ BUSTOS CONTRA FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP Rad. 2018 – 00344 01 Juz. 27**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veinte (2020), 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**

LUIS MENDEZ BUSTOS demandó a FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 y 4.

- Nulidad del Acta de Conciliación celebrada el 5 de noviembre de 1997 ante el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá.
- Pensión sanción.
- Retroactivo.
- Mesadas adicionales.
- Indexación.
- Ultra y Extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 3. Nació el 3 de abril de 1956 contando en la actualidad con más de 60 años. Laboró para la Empresa Distrital de Servicios Públicos – EDIS desde el 16 de julio de 1980 hasta el 15 de junio de 1994 cuando fue despedido sin justa causa. Fue vinculado mediante contrato de trabajo, para desempeñar el cargo de Ayudante y por tanto fue trabajador oficial. Devengó

como último salario \$414.159,25. El alcalde mayor de Bogotá mediante Decreto 348 de 1995 determinó que el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 entraría en regir para los servidores públicos del distrito el 30 de junio de 1995. Para el momento en que fue despedido no estaba afiliado al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993. Inicio proceso ordinario laboral en contra del EDIS ante el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá buscando el reconocimiento de la pensión sanción el cual finalizó por conciliación celebrada el 5 de noviembre de 1997 y la cual se acordó el pago de \$26.000.000 a pesar de que tal prestación constituye un derecho irrenunciable, acuerdo que le ha imposibilitado el reconocimiento de la pensión sanción. Presentó reclamación administrativa.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 72 a 83. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento del actor, que fue vinculado mediante contrato de trabajo, los extremos de la relación laboral, el cargo desempeñado y la razón de su desvinculación, el trámite del proceso laboral que se tramitó ante el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá y su finalización por conciliación y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido a la pretensión de pensión sanción, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de los factores salariales, pago y compensación.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso en legal forma, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que absolvió al Foncep al declarar probada la excepción de cosa juzgada. Llegó a tal conclusión luego de establecer que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que no es posible conciliar la pensión sanción cuando solo falta cumplir con el requisito de la edad pues se trataría de un derecho cierto e indiscutible, la conciliación que celebró el actor ante el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá es válida ya que no cumplía los requisitos para obtener la pensión sanción debido al haber terminado el contrato en vigencia de la Ley 100 de 1993 para que se reunieran los requisitos de tal pensión era necesario que el

empleador omitiera el deber de afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, lo cual no ocurrió ya que por el contrario efectuó cotizaciones con destino a la Caja de Previsión Social del Distrito.

### **Recurso de Apelación**

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, toda vez que contrario a lo considerado por la juez cuando el contrato le fue terminado al actor no había entrado en vigencia el sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 pues solo comenzó a regir el 30 de junio de 1995 conforme se estableció en el Decreto Distrital No. 348 de esa misma anualidad y por tanto si le es aplicable la Ley 171 de 1961 la cual cumple en su integridad y para el momento de la suscripción de la conciliación solo le faltaba cumplir con el requisito de la edad la cual según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia solo es un requisito para el cobro, ante lo cual se hace evidente la ilegalidad de la conciliación celebrada pues cercenó los derechos del demandante.

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

**Parte demandante:** Reitera los fundamentos de la apelación y solicita que se revoque la sentencia de primera instancia porque la conciliación que celebró el actor ante el Juzgado 13 Laboral de Circuito de Bogotá es nula por haber tenido un objeto ilícito.

**Parte demandada:** Solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que no se probó la existencia de algún vicio en el consentimiento para el momento en que celebró la conciliación el 5 de noviembre de 1997, en cual estaba asistido por su apoderado y contó con la autorización del Juez 13 Laboral del Circuito, agrega que en caso de se declare su nulidad se debe ordenar el reintegro del dinero pagado en ese momento por el distrito.

## **CONSIDERACIONES**

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende del escrito obrante a folios 13 y 14 del expediente, consistente en el escrito de fecha 15 de mayo de 2018 mediante el cual el demandante solicitó la nulidad de la conciliación y como consecuencia la

pensión proporcional de jubilación, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Existencia del contrato de trabajo**

No se controvierte en esta instancia que entre el demandante y la extinta Empresa Distrital de Servicios Públicos - EDIS existió un contrato de trabajo entre el 16 de julio de 1980 y el 15 de junio de 1994, conforme se desprende de la certificación laboral expedida por el Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (fls. 33 a 61), de la copia del contrato de trabajo (fls. 24 a 26) y la Resolución 2135 del 10 de junio de 1994 mediante la cual el EDIS dio por terminado el contrato de trabajo al actor por la supresión de la entidad (Acuerdo 41 de 16 de diciembre de 1993 fl. 29).

### **Excepción de Cosa Juzgada y nulidad de la conciliación**

Así las cosas, previo a analizar la aplicabilidad de la Ley 71 de 1961 al actor, se debe analizar la excepción de cosa juzgada que declaró probada la juez A quo, esto en virtud de la suscripción del Acta de Conciliación celebrada el 5 de noviembre de 1997 dentro del proceso Ordinario Laboral No. 14.972 tramitado ante el Juzgado Trece Laboral de Circuito de Bogotá en la cual Bogotá Distrito Capital acordó conciliar la pretensión de reconocimiento de la pensión sanción y como consecuencia se dispuso la finalización de tal proceso. La parte actora alega que se conciliaron derechos irrenunciables como lo era el derecho a la pensión sanción.

Es cierto que efectivamente las partes en litigio suscribieron Acta de Conciliación el 5 de noviembre de 1997, ante el Juzgado Trece Laboral de Circuito de Bogotá dentro del proceso Ordinario Laboral No. 14.972 (fls. 20 y 21), donde se acordó la terminación del tal proceso de mutuo acuerdo y se concilió que el Distrito le pagaría la suma de \$26.000.000 por concepto de pensión sanción y en la cual se consignó en lo pertinente lo siguiente:

*"De común acuerdo hemos decidido CONCILIAR la pretensión que se demanda relacionada con la Pensión Sanción a favor del señor LUIS MÉNDEZ BUSTOS, teniendo que el derecho no se ha causado ni hecho exigible, por lo que se trata de una mera expectativa y además por ser una prestación que está a cargo del empleador puede ser conciliada.*

*Como quiera que a la fecha de ésta pensión no es obligatoria ni exigible legalmente por la Entidad demandada en razón a que el demandante no acredita los requisitos por lo que está limitada hacia el futuro y que no se ha proferido fallo judicial que la declare, las partes acuerdan conciliarla en la suma de VEINTISÉIS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$26.000.000,00) suma que será girada al apoderado del demandante, quien tiene poder para recibir dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la presente Acta. Este pago está respaldado con la disponibilidad presupuestal número 2539 del 30 de septiembre de 1997.*

*El demandante y su apoderado, manifiestan bajo juramento que no han cobrado ni cobrarán sumas por éstos mismos conceptos, y que desisten de todas las demás pretensiones del proceso y de las que puedan surgir sobre los mismos hechos que originaron la presente acción y a la vez respecto a cualquier obligación de tipo laboral que pueda generarse hacia el futuro.*

*El actor a través de su apoderado, manifiesta que a la fecha de ésta diligencia no tiene la calidad de pensionado, ni reúne los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y que no está adelantando ningún trámite para obtener la pensión de jubilación legal o convencional”*

Debe recordar ésta Sala, que uno de los efectos de la conciliación, plasmado en el artículo 78 del Código de Procedimiento Laboral<sup>1</sup>, es el de la fuerza de cosa juzgada, que como tal, hace impróspero cualquier litigio ulterior entre las mismas partes y sobre las materias que fueron objeto del convenio auspiciado y controlado en cuanto al cumplimiento de las exigencias legales, por autoridad pública especializada en la materia.

Igualmente, hay que considerar la finalidad de la conciliación en el derecho laboral, pues el valor del acuerdo se conciliatorio debe encuadrar en el ámbito de la cosa juzgada ya que se instituyó esta figura para darle efectividad a los propósitos buscados con su institucionalización, lo cual acaece a primera vista en el presente caso.

---

<sup>1</sup> ARTICULO 78. ACTA DE CONCILIACIÓN. En el día y hora señalados el Juez invitará a las partes a que, en su presencia y bajo su vigilancia, procuren conciliar su diferencia. Si se llegare a un acuerdo se dejará constancia de sus términos en el acta correspondiente, tendrá fuerza de cosa juzgada y su cumplimiento se llevará a cabo dentro del plazo que él señale. Si el acuerdo fuere parcial se ejecutará en la misma forma en lo pertinente, y las pretensiones pendientes se tramitarán por el procedimiento de instancia

No obstante, como quiera que la parte actora alega que en ese acuerdo conciliatorio se le vulneraron sus derechos, por ser la pensión sanción un derecho cierto e indiscutible, se estudiara tal situación, porque si ello es así, el acto conciliatorio tendría un objeto y causa ilícita que conllevaría a su nulidad, como expresamente lo ha reiterado al Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en tratándose de conciliaciones de este tipo de pensiones, para lo cual se puede consultar entre otras las sentencias SL9773-2017<sup>2</sup> y SL1179-2018.

### **Vigencia de las normas aplicadas**

Frente a la pérdida de vigencia de la norma en virtud de la cual se pretende la pensión, por la expedición de la Ley 50 de 1990 y la Ley 100 de 1993, se tiene que se busca su reconocimiento bajo lo reglado en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961<sup>3</sup>, norma que fue reglamentada por el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> "Conforme a las precisiones que se dejaron consignadas con anterioridad, forzoso resulta concluir, que si el retiro voluntario del demandante se produjo el día 5 de febrero de 1993, después de 15 años de servicios, y el acta de conciliación que se firmó ante el Ministerio del Trabajo fue posterior, esto es el día 12 del mismo mes y año, lo cual aparece suficientemente demostrado en el plenario, salta a la vista que la pensión restringida de jubilación que pretende el demandante en este proceso, consagrada en la Ley 171 de 1961, se constituye en un derecho ya consolidado, cierto e indiscutible, y por ende, no susceptible de ser objeto de una conciliación por las partes contratantes.

Al efecto, resulta pertinente rememorar lo que expuso esta Corporación en la sentencia SL 790 – 2013, en cuanto indicó:

"resulta insoslayable la circunstancia de que para la fecha en que se retiró voluntariamente el actor, la pensión restringida de jubilación se causó en esa misma fecha, aun cuando su exigibilidad procede desde cuando cumplió los 60 años de edad, por consiguiente, al ser un derecho consolidado, cierto e indiscutible no era susceptible de ser conciliado".

Así mismo, en la sentencia CSJ SL 16749 – 2014, precisó:

"Entonces, el retiro voluntario y la prestación de servicios durante 15 años constituyen los dos únicos elementos estructurales del derecho a la pensión restringida; por tanto, una vez reunidos estos dos requisitos, la jubilación en comento abandona su calidad jurídica de mera expectativa y pasa a convertirse en un derecho adquirido del trabajador".

En el texto de la conciliación celebrada por el demandante y su empleadora se consignó lo siguiente:

(...) con el objeto de dirimir todas las diferencias existentes o presuntamente existentes entre las partes, éstas acordaron que la empresa además de las sumas canceladas en la liquidación final del contrato de trabajo, reconocerá al ex trabajador la suma adicional de TRES MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE. (\$3.182.924,00) suma esta que es cancelada en el acto de esta audiencia mediante cheque #3744237 girado contra el Banco Bogotá Oficina de BUCARAMANGA a favor de JAIME MEJÍA CÁRDENAS quien lo recibe en presencia del señor Inspector Encargado a entera... declara a la mencionada sociedad, a sus socios, filiales, sucesores y sucursales a paz y salvo por todo concepto de salarios ordinarios y extraordinarios, descansos remunerados en domingos y días festivos, salarios en especie, vacaciones, primas legales y extralegales, auxilio de cesantía y sus intereses, el presunto derecho a pensión de jubilación, indemnizaciones de todo género y en general por todo concepto o derecho originado en la Ley... (las negrillas no son del texto).

En atención a lo antes consignado, lo que acordaron las partes en torno a la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, se torna en ilícito, por tratarse de un derecho cierto e indiscutible del trabajador, cuya exigibilidad estaba pendiente del cumplimiento de la edad."

<sup>3</sup> **Artículo 8o.** El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante **más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido**, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o **desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido**.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

Debe la Sala aclarar que si bien la Ley 100 de 1993, creó un sistema general de pensiones y en principio derogó la mayoría de los regímenes existentes para aquel entonces, esta misma ley en su artículo 11 consagró expresamente que se respetarían todos los derechos y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores, para quienes a la fecha de su entrada en vigencia hubieran cumplido los requisitos para acceder a una pensión<sup>5</sup>. Norma que no eliminó la posibilidad de que algunas personas que cumplieran los requisitos, siguieran accediendo al reconocimiento de pensiones consagradas en normas anteriores.

Por otro lado la Ley 50 de 1990 en su artículo 37 consagró la pensión restringida de jubilación y en lugar de eliminar lo reglamentado en la Ley 171 de 1961, reiteró su contenido<sup>6</sup>, contemplando la posibilidad de que aquellos trabajadores que prestaron sus servicios durante más de 10 años y menos de 15 y sean despedidos sin justa causa, pudieran obtener su pensión de jubilación.

---

*La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.*

**Parágrafo.** Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial. (Subrayado fuera de texto)

**4 Artículo 74º.- Pensión en caso de despido injusto.**

**1. El empleado oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos, en una "o varias entidades", establecimientos públicos, empresas del estado, o sociedades de economía mixta, de carácter nacional, tendrá derecho a pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. (Declarada nula la frase que dice: "... o varias entidades..." entre comillas. Consejo de Estado, fallo del 12 de noviembre de 1981).**

2. Si el despido injusto se produjere después de quince (15) años de los mencionados servicios, el trabajador oficial tiene derecho a la pensión al cumplir los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si entonces tiene cumplida la expresada edad.

3. Si el trabajador oficial se retirare voluntariamente después de quince (15) años de los supradichos servicios, tendrá derecho a la pensión cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

4. La cuantía de la pensión de jubilación, en todos los casos citados en los incisos anteriores, será directamente proporcional al tiempo de servicios, con relación a la que habría correspondido al trabajador oficial en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

5. La pensión a que se refiere este artículo, así como los pensionados en cuanto a sus deberes y derechos, se regirá, en todo lo demás, por las disposiciones pertinentes de este Decreto y del Decreto 3135 de 1968. (Subrayado fuera de texto)

<sup>5</sup> ARTÍCULO 11. El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

<sup>6</sup> **Artículo 37. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961, quedará así:**

Artículo 267. Pensión después de diez y de quince años de servicio.

(...)

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. **Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.**"

Precepto este último que si bien es cierto fue finalmente derogado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993<sup>7</sup>, se debe tener en cuenta que el actor cumplió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación proporcional, con anterioridad a la expedición de esta normativa, ya que como trabajador oficial de distrito el sistema general de pensiones creado por la norma *Ibidem* entró en vigencia solo hasta el 30 de junio de 1995 (Decreto 348 del 28 de junio de 1995<sup>8</sup>) y no el 1º de abril de 1994 como erróneamente lo entendió el juzgado. Considerando que la norma enunciada establece como requisito para acceder a esta pensión, que el trabajador haya cumplido más de 10 y menos 15 años de servicios y sea despedido sin justa causa, deje atado el disfrute a la condición del cumplimiento de la edad de 60 años, requisito este último que no es necesario para la causación del derecho sino para su exigibilidad. Así lo ha considerado de antaño la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencias como la fechada el 29 de enero de 2008 con radicación No. 30058 cuyo ponente fue el Dr. Camilo Tarquino Gallego, reiterado en la de 10 de agosto de 2010 con radicación No. 38885 cuyo ponente fue el Dr. Luis Javier Osorio López<sup>9</sup> y la SL16386-2014 del 12 de noviembre de 2014 con radicación No. 38048 cuyo ponente fue el Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas<sup>10</sup>.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el demandante laboró al servicio de la Empresa Distrital de Servicios Públicos - EDIS entre el 16 de julio de 1980 y el 15 de junio de 1994 (fl. 24), para un total de 13 años, 10 meses y 23 días, descontando 6 días de

**<sup>7</sup> ARTÍCULO 133. PENSION SANCIÓN. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así:**

*El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.*

*Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.*

*La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE.*

*PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.*

<sup>8</sup> Artículo 1º.- Vigencia del Sistema General de Pensiones. Para los servidores públicos del Distrito Capital, el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entra e regir el 30 de junio de 1995.

<sup>9</sup> "Sobre lo primero, esta Corporación reiteradamente ha sostenido que la pensión restringida de jubilación consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causa con el retiro voluntario del trabajador y el tiempo de servicio allí establecido, siendo por lo tanto la edad mínima de la persona beneficiaria de la misma, que en él se menciona, solo un requisito para su exigibilidad"

<sup>10</sup> "En términos sencillos: si el trabajador cumplió los supuestos de hecho de la pensión proporcional de jubilación contenidos en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que como es sabido para casos como el que aquí se estudia eran dos: 15 años de servicio y retiro voluntario, dentro del cual queda comprendido el titulado 'por mutuo acuerdo' o producto de una conciliación, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, el derecho pensional se causó, quedando pendiente de su exigibilidad a la fecha del cumplimiento de los 60 años de edad, con independencia de que el trabajador hubiere sido afiliado o no al ente de seguridad social, pues, como igualmente se ha sido dicho por la jurisprudencia, tal tipo de prestaciones se causan o estructuran a la terminación del vínculo laboral, de manera que, la edad es apenas una condición de exigibilidad"

interrupción y su retiro se debió a la liquidación de la entidad, lo cual ha sido considerado históricamente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como sin justa causa (SL 14532-2016, SL12371-2017 y SL5341-2019), se concluye que para el momento de la terminación de contrato ya se había constituido como un derecho cierto e indiscutible, faltando solo el cumplimiento de la edad para poder exigir su reconocimiento y pago, por lo cual no podía ser objeto de un acuerdo conciliatorio al tener un objeto y causa ilícita y en todo caso se debe tener en cuenta que el derecho a la pensión es irrenunciable e inconciliable, lo cual conllevará a declarar la nulidad de la conciliación celebrada el 5 de noviembre de 1997 ante el Juzgado Trece Laboral de Circuito de Bogotá dentro del proceso Ordinario Laboral No. 14.972, para en lugar acceder al reconocimiento de la pensión sanción pretendida por la parte actora la cual se reitera había dejado causada desde que fue desvinculado del EDIS y solo le restaba cumplir el requisito de la edad, lo cual acreditó el 3 de abril de 2016 (fl.11).

Obligación que por haberse causado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en virtud del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no se trunca por el hecho de que el empleador afilió y efectuó cotizaciones a pensión por el trabajador pues la redacción original de tal normativa no permitía la subrogación de tal prestación en el ISS o en Cajas de Previsión por ese simple hecho. Así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias entre las que se puede consultar las SL 818-13, SL 889-13 y SL16386-2014<sup>11</sup>.

### **Liquidación de la pensión**

Para hallar el monto de pensión se debe tener en cuenta el promedio de lo que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, conformado por los factores salariales contemplados en el artículo 3º ibídem, reformado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, a saber: *asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizada en*

---

<sup>11</sup> En términos sencillos: si el trabajador cumplió los supuestos de hecho de la pensión proporcional de jubilación contenidos en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que como es sabido para casos como el que aquí se estudia eran dos: 15 años de servicio y retiro voluntario, dentro del cual queda comprendido el titulado 'por mutuo acuerdo' o producto de una conciliación, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, el derecho pensional se causó, quedando pendiente de su exigibilidad a la fecha del cumplimiento de los 60 años de edad, con independencia de que el trabajador hubiere sido afiliado o no al ente de seguridad social, pues, como igualmente se ha sido dicho por la jurisprudencia, tal tipo de prestaciones se causan o estructuran a la terminación del vínculo laboral, de manera que, la edad es apenas una condición de exigibilidad."

*jornada nocturna o en día de descanso obligatorio* (CSJ sentencia SL 2427 de 17/02/2016, Rad. 52399 y SL-13192 de 23/09/15 Rad. 62723).

Por lo tanto teniendo en cuenta el promedio salarial de todo lo devengado en el último año de servicios certificado por la demandada y conforme a la norma anteriormente citada (fls. 58 a 60), se obtiene un salario mensual promedio de **\$188.405**.

Salario promedio	IPC inicial	IPC final	Factor	Salario indexado
\$188.405	21,33	126,14945	5.9141	\$1.114.260,99
			<b>Tasa</b>	51%
			<b>Pensión 2017</b>	<b>\$573.728,34</b>

En este punto se precisa que se tomó como IPC inicial el de diciembre de 1993 y como IPC final el de diciembre de 2015, según la fórmula de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral sentencia SL 13/12/2007 Rad. 30602, que arroja como resultado el valor de **\$1.114.260,99**. Suma a la que se le aplica la tasa de reemplazo del 51%<sup>12</sup>, lo que arroja como valor de la primera mesada pensional **\$573.728,34**, no obstante como resulta inferior al salario mínimo del año 2016 (\$689.454) y por disposición legal no es posible reconocer pensión por debajo de tal cuantía<sup>13</sup> se debe reconocer la pensión en una mesada inicial de **\$689.454** correspondiente al salario mínimo del año 2016, en 14 mesadas anuales pues se reitera el derecho se causó desde el año 1994 y por tanto no le es aplicable el Acto Legislativo 01 de 2005.

### **Compartibilidad pensional**

Claro lo anterior es preciso hacer referencia a la compartibilidad de las pensiones, de lo cual la máxima Corporación Laboral en sentencia del 29 de marzo de 2005 radicada bajo el No 23507 con ponencia de la Magistrada Isaura Vargas Díaz, precisó que la **compartibilidad**, nace una vez se comienza a pagar la prestación pensional

<sup>12</sup> proporción al tiempo trabajado (13 años, 10 meses y 23 días)

<sup>13</sup> Artículo 35 de la ley 100 de 1993: "El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente."

por la entidad administradora pensional (antes el ISS hoy por Colpensiones), por lo tanto se comparten el valor de la pensión de vejez con la de jubilación que pagaba el empleador y las mesadas adicionales, siendo el último el responsable del pago del mayor valor si lo hubiere.

En el sub examine, es preciso señalar que al consultar el RUAF del demandante se evidencia que si bien cotizó a Colpensiones actualmente no tiene reconocida pensión de vejez por esa entidad, no obstante en caso de que le sea reconocida es procedente la compartibilidad pensional y como consecuencia de ello, la entidad demandada estaría obligada a pagar el mayor valor que se obtenga entre la pensión de jubilación que se está reconociendo y la pensión de vejez que Colpensiones eventualmente reconozca.

### **Excepción de Prescripción**

Frente a la excepción de prescripción, concluye la Sala que la exigibilidad de la pensión se produjo el 3 abril de 2016 (fl. 11) fecha en que el actor cumplió 60 años de edad y ya había causado la pensión, por lo tanto, como quiera que la demanda se presentó el 18 de junio de 2018 (fl. 67), no alcanzó a transcurrir el termino trienal que regula el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S.

### **Indexación**

En el evento de que las mesadas causadas no se paguen oportunamente, se deberán pagar de manera indexada. Para el efecto se deberá tener en cuenta la fecha de causación que en su momento se determine y aquella en que efectivamente se produzca el pago, por lo que resulta razonable esta condena a la cual se accederá.

### **Excepción de Compensación**

Se declarará no probada la excepción de compensación propuesta por la demandada, ya que si bien es claro que el demandante recibió una suma de dinero producto de la conciliación hoy declarada invalida, tal dinero lo recibió de buena fe y con el único fin de que desistiera de las pretensiones invocadas en el proceso Ordinario Laboral No. 14.972 tramitado ante Juzgado Trece Laboral de Circuito de Bogotá, acuerdo que se reitera tuvo un objeto y causa ilícita, pues el actor para ese momento ya tenía un

derecho adquirido, el cual buscó evadir el distrito con tal una conciliación hecha con el erróneo beneplácito del juez laboral, lo cual le dio apariencia de legalidad.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de revocarse la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas esta instancia.

### **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. – REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de abril de 2019, en cuanto absolvió a la demandada de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad de la Conciliación celebrada entre el demandante y Bogotá Distrito Capital el 5 de noviembre de 1997 ante el Juzgado Trece Laboral de Circuito de Bogotá dentro del proceso Ordinario Laboral No. 14.972, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

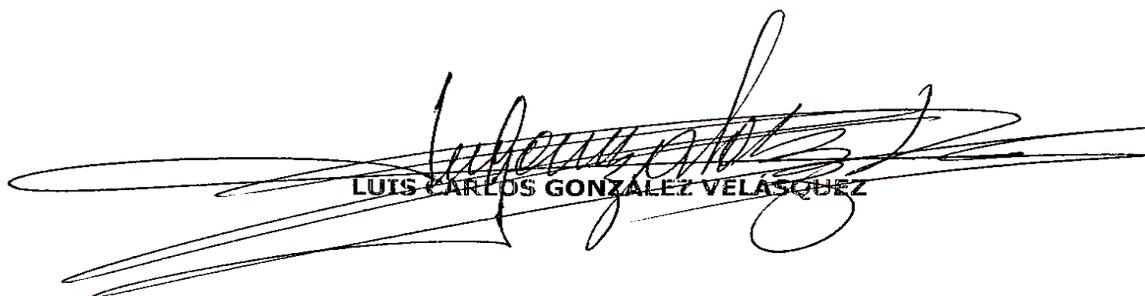
**SEGUNDO.- CONDENAR** al demandado **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP** al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación a favor de **LUIS MENDEZ BUSTOS**, a partir del 3 de abril del año 2016, en una cuantía de **\$689.454** correspondiente al salario mínimo de esa anualidad, en 14 mesadas anuales, cuyo retroactivo se deberá pagar debidamente indexado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

Se advierte que la prestación tiene el carácter de compartible con la pensión de vejez que eventualmente reconozca Colpensiones, a partir de la cual deberá cancelar únicamente las diferencias que resulten entre el mayor valor de la pensión restringida de jubilación y el monto de la pensión de vejez con las mesadas adicionales respectivas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO.- DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de Cosa Juzgada y Compensación propuestas por la demanda.

**CUARTO.- COSTAS:** Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas esta instancia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

  
MILLER ESQUIVEL GALDAN  
Magistrado  
Salvo voto

## 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 NANCY STELLA RODRÍGUEZ ÁNGEL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2018 – 00541 Juz. 15**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veinte (2020), 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**

NANCY STELLA RODRÍGUEZ ÁNGEL demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 4.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 3. Comenzó a cotizar al ISS desde el 26 de abril de 1983. El 6 de febrero de 2004 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Porvenir. Los asesores de Porvenir, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 77 a 83. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de afiliación al ISS y del traslado de régimen y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 170 a 180. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de traslado de régimen y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, pues se limitó a allegar copia del formulario de afiliación, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

### **Recurso de Apelación**

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque la demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria

suscribiendo los formularios que exige la ley. No demostró que información errónea o falsa le suministro la AFP para que se trasladara, por el contrario, con el interrogatorio de parte se estableció que leyó y firmó el formulario de afiliación. Sumado a que la demandante durante todos estos años no manifestó ninguna oposición o inconformidad con su afiliación al régimen de ahorro individual y por el contrario tuvo la oportunidad de leer, preguntar y asesorarse lo suficiente para solicitar el traslado de régimen dentro de los distintos plazos establecido en la ley, los cuales fueron informados por esa AFP a la accionante por distintos medios de comunicación. Agrega que debido a que el acto de afiliación es un acto jurídico conforme el Código de Comercio estaría prescrita la acción para alegar su nulidad.

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

**Parte demandante:** Se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir al momento del traslado de régimen.

**Parte demandada**

**Colpensiones:** Indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se trasladó de manera libre y voluntaria y no aprovechó las oportunidades legales para regresar al régimen de prima media, además de que no cumple con los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para trasladarse en cualquier momento de régimen.

**Porvenir:** Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria, no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento para el momento del traslado y que conforme el acervo probatorio se probó que esa entidad actuó de buena fe y conforme la legislación vigente para el momento del traslado de régimen.

**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.*

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 26 y 27, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 13 de agosto de 2018, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, con la 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 actora**

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 06 de febrero del 2004 cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir a la cual se encuentra actualmente vinculada (fls. 182).

### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP Porvenir no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 06 de febrero del 2004 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 182), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba

---

<sup>1</sup> **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.*

**Quiénes 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;*

la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala 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 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 encuentra la sentencia fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora hacia la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al 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)*

<sup>2</sup> “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”

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. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró a la actora una información general donde explicaban los beneficios del régimen, lo cual es ratificado por la demandante en el interrogatorio de parte, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de 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 15 años para alcanzar la edad de pensión.

Omisión que en consideración de La Sala no se saneó por el hecho de que previo a faltarle menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, la demandante no efectuó ninguna gestión para buscar su traslado o por el hecho de que el año 2003 esa entidad informó de la posibilidad de traslado en un comunicado de prensa publicado en diarios de alta publicación (fls. 202 y 203), pues esta no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro

---

<sup>3</sup> “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”

individual con solidaridad o de su permanencia en él, ya que si observa con detenimiento, ese comunicado de prensa nunca explica las consecuencias e implicaciones de continuar en el régimen de ahorro individual, ni tampoco por el hecho de que permaneció más de 16 años efectuando cotizaciones sin manifestar inconformidad frente al régimen pensional, pues evidentemente tales inconformidades solo salen a flote cuando el afiliado se acerca a la edad de pensión y empieza a indagar por los términos en que le será reconocida tal prestación, derecho que en todo caso es de carácter imprescriptible.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

### **Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen**

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele a la demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace más de 16 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del C.S.T, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Porvenir. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

## 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 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Porvenir. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN

**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 IMELDA LUCIA GONZÁLEZ MERCHÁN  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES  
Y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 2018 – 00554 Juz. 39**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veinte (2020), 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**

IMELDA LUCIA GONZÁLEZ MERCHÁN demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extrapetita.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 4. Nació el 10 de septiembre de 1948. Comenzó a cotizar a la Caja de Previsión del Distrito desde el 4 de septiembre de 1986 y desde 1996 para el ISS. El 1º de mayo del 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Colfondos. Los asesores de Colfondos, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. El valor de la mesada pensional en Colfondos para el año 2018 sería de \$1.507.636 muy inferior a la que obtendría si estuviera afiliada al régimen de prima

media que según esa misma entidad sería de \$3.573.314. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 126 a 133. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y edad de la demandante, la reclamación elevada y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito las de; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** en términos del escrito visible en fls. 139 a 154. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y edad de la demandante, el monto de la mesada que le correspondería en ese régimen, la reclamación elevada y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito las de; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colfondos y ordenó a esta a devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos, gastos de administración y todo dinero que pudo haber descontado por concepto de seguros de invalidez y sobrevivientes. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP

Protección no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es, ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

### **Recurso de Apelación**

El apoderado de **Colpensiones** interpuso recurso para que se revoque la sentencia, porque la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen, el presente asunto se trata de un error de derecho el cual vicia el consentimiento y en todo caso la ignorancia de la ley no puede servir de excusa más cuando era deber de la demandante indagar y averiguar las implicaciones de su decisión y que se debe tener en cuenta que la ineficacia del traslado puede llegar a afectar la sostenibilidad del régimen de prima media pues el reconocimiento de una pensión a la demandante va descapitalizar el sistema porque sus ahorros en RAIS no serían suficientes para financiar su pensión.

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

**Parte demandante:** Se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Colfondos al momento del traslado de régimen.

### **Parte demandada**

**Colpensiones:** Indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se trasladó de manera libre y voluntaria y no aprovechó las oportunidades legales para regresar al régimen de prima media, además de que no cumple con los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para trasladarse en cualquier momento de régimen.

La otra demandada AFP Colfondos se abstuvo de presentar alegatos.

## **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.*

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 35 a 41, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 23 de agosto de 2018, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, con la 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 actora**

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 7 de abril del 2000 cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos a la cual se encuentra actualmente vinculada (fls. 46).

### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP Colfondos no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 7 de abril del 2000 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos (fl. 46), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la

---

<sup>1</sup> **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;*

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala 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 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 encuentra la sentencia fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora hacia la entidad demandada, 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

---

*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)*

<sup>2</sup> “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”

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. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró a la actora una información general donde explicaban los beneficios del régimen, Colfondos no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de 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 5 años para alcanzar la edad de pensión. Obligación que no se diluye por el hecho de que no efectuó las gestiones necesarias para trasladarse de régimen conforme las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, pues en todo caso esta acción le garantiza la recuperación del régimen de transición sin ningún miramiento adicional.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por el apoderado de Colpensiones, no se subsanan por el hecho de que previo a faltarle menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, la demandante no buscó su traslado, pues esta circunstancia no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él, ni tampoco por el hecho

---

<sup>3</sup> “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”

de que permaneció más de 18 años efectuando cotizaciones sin manifestar inconformidad frente al régimen pensional, pues evidentemente tales inconformidades solo salen a flote cuando el afiliado se acerca a la edad de pensión y empieza a indagar por los términos en que le será reconocida tal prestación, derecho que en todo caso es de carácter imprescriptible.

Igualmente resulta desacertada la afirmación del apoderado de Colpensiones al manifestar que al estar consagradas las características de los dos regímenes pensionales en la ley, no era necesario que el fondo de pensiones le explicara a la demandante las implicaciones de trasladarse de régimen, pues se reitera, la exigencia de que la AFP suministre a sus afiliados una información completa y comprensible, fue inicialmente de desarrollo jurisprudencial, por la evidente complejidad del tema, a pesar del contenido de la Ley 100 de 1993 y porque en la actualidad es indudable que para que una persona pueda ser beneficiaria de las ventajas que ofrece ese régimen debe tener en la cuenta individual un saldo sumamente alto que nunca se alcanzara con los aportes regulares que hace un trabajador en su vida laboral.

Del mismo modo aparece desatinada la manifestación del apoderado de Colpensiones que la ineficacia del traslado y el posterior regreso de la demandante a régimen de prima media va generar una descapitalización del régimen, lo cual además de demostrar un total desconocimiento del régimen de prima media ignora que estos afiliados regresan al Colpensiones con la totalidad de aportes y los rendimientos generados en el RAIS, lo que contribuye con la financiación no solo de sus pensiones si no la de los demás afiliados al régimen de prima media y aunque eventualmente tendrá que reconocer las pensiones y/o prestaciones a que tengan derecho estos afiliados, su entrega no se hace en un solo pago sino de forma periódica y gradual, lo cual garantiza el sostenimiento del sistema piramidal de este régimen.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

## **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

## **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 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

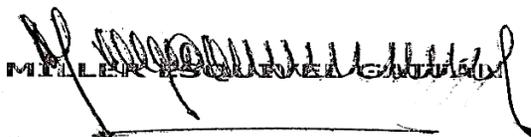
## **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL CONTRERAS

**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 DELEIDA ESTHER CUELLO BLANCHARD  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y  
AFP PORVENIR S.A. Rad. 2018 – 00555 Juz. 39**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veinte (2020), 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**

DELEIDA ESTHER CUELLO BLANCHARD demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 4 y 49 a 50.

- Ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Pensión de vejez a cargo de Colpensiones.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 6. Nació el 22 de marzo de 1959. Comenzó a cotizar al ISS desde el 6 de agosto de 1980 y es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 porque para su entrada en vigencia tenía más de 35 años de edad. El 29 de febrero del 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Porvenir. Los asesores de Porvenir, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro

individual para poder acceder a una pensión de vejez, ni que perdería los beneficios del régimen de transición. Ha cotizado más de 1.000 semanas con las cuales cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 desde la fecha en que cumplió los 55 años de edad. En año 2018 Protección le informó que el valor de la mesada pensional sería de \$1.449.000 muy inferior a la que obtendría si estuviera afiliada al régimen de prima media. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 80 a 88. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento del demandante y la de afiliación al ISS, que es beneficiaria del régimen de transición y las solitudes que elevó.
- Formuló como excepciones de mérito las de; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 94 a 101. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento del demandante y del traslado de régimen, que contaba con más de 35 años de edad para el 1º de abril de 1994, su edad y el IBL con el cual cotizaba.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tractos sucesivo y enriquecimiento sin causa.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos y gastos de administración. Condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez

conforme al Acuerdo 049 de 1990, a partir de la fecha en que se retire del sistema general de pensiones. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es, ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, elementos que reunidos permiten declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Frente a la pensión consideró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y que lo conservó en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, requisito suficiente para obtener la pensión a partir del 22 de marzo de 2014 cuando cumplió los 55 años de edad y acreditaba más de 1000 semanas de cotizaciones. El monto de la mesada se debe calcular teniendo en cuenta el IBL que más le favorezca al cual se le debe aplicar una tasa de reemplazo del 90%, no obstante debido que aun labora y no se ha retirado del sistema general de pensiones su disfrute se dará a partir de la fecha de desafiliación.

### **Recurso de Apelación**

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque la demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria suscribiendo los formularios que exige la ley. No demostró que información errónea o falsa le suministro la AFP para que se trasladara, por el contrario se demostró que la demandante era profesional en derecho para el momento del traslado. Sumado a que durante todos estos años no manifestó ninguna oposición o inconformidad con su afiliación al régimen de ahorro individual, además tuvo la oportunidad de leer, preguntar y asesorarse lo suficiente para solicitar el traslado de régimen dentro de los distintos plazos establecidos en la ley, los cuales fueron informados por esa AFP a la accionante por distintos medios de comunicación. Agrega que debido a que la afiliación es un acto jurídico, conforme el Código de Comercio estaría prescrita la acción para alegar su nulidad. No resulta proporcional la orden de devolver los gastos de administración porque se hacen por disposición legal y se estaría lucrando la demandante sin justificación.

La apoderada de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia porque el demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria y durante todos estos años no solicitó información y/o asesoría ante Colpensiones o la AFP Porvenir y por el contrario al efectuar cotizaciones durante todos estos años ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, así como tampoco cumple con la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a los requisitos para regresar al régimen de prima media, además no demostró la existencia de ningún vicio del consentimiento en el acto del traslado. Igualmente se debe revocar la condena de reconocimiento pensional, ya que cuando se trasladado de

régimen el actor perdió los beneficios del régimen de transición y tampoco cumple los requisitos para su reconocimiento, que en todo caso estaría prescrita la oportunidad para solicitar la rescisión del acto de afiliación al RAIS.

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

**Parte demandante:** Se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir al momento del traslado de régimen.

### **Parte demandada**

**Colpensiones:** Indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se trasladó de manera libre y voluntaria y no aprovechó las oportunidades legales para regresar al régimen de prima media, además de que no cumple con los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para trasladarse en cualquier momento de régimen.

**Porvenir:** Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento para el momento del traslado y que conforme el acervo probatorio se probó que esa entidad actuó de buena fe y conforme la legislación vigente para el momento del traslado de régimen.

## **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 de devolución de los gastos de administración impuesta en contra de Porvenir. Igualmente La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso parcialmente para la demandada Colpensiones, frente a las condenas que por concepto de pensión de vejez se le impusieron.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 30, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 24 de agosto de 2018, en la que solicita

el traslado de régimen y el reconocimiento de la pensión vejez, con la 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 actora**

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 29 de febrero del 2000 cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir (fls. 103).

### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP Porvenir no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 29 de febrero del 2000 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 103), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, 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 concedora de todas y cada una de las

---

<sup>1</sup> **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 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 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 encuentra la sentencia fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989, cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 el 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 genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora hacia la entidad demandada, 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. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como erróneamente lo alega la apoderada de Colpensiones.

---

<sup>2</sup> “No descide 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”

<sup>3</sup> “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

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró a la demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de 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, aun cuando le faltaban más de 13 años para alcanzar la edad de pensión. Obligación que no se diluye por el hecho de que no efectuó las gestiones necesarias para trasladarse de régimen conforme las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, pues en todo caso esta acción le garantiza la recuperación del régimen de transición sin ningún miramiento adicional.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por las apoderadas de las demandadas no se subsanan por el hecho de que permaneció más de 18 años efectuando cotizaciones sin manifestar inconformidad frente al régimen pensional, pues evidentemente tales inconformidades solo salen a flote cuando el afiliado se acerca a la edad de pensión y empieza a indagar por los términos en que le será reconocida tal prestación, derecho que en todo caso es de carácter imprescriptible, ni tampoco por el hecho de que la demandante es Abogada ya que el nivel de estudios de una persona no lo hace conocedora de todas las implicaciones de un traslado de régimen pensional, o porque en el año 2004 esa entidad informó de la posibilidad de traslado en un comunicado de prensa publicado en diarios de alta publicación (fls. 113 a 114), pues esta no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él, ya que si observa con detenimiento, ese comunicado de prensa nunca explica las consecuencias e implicaciones de continuar en el régimen de ahorro individual.

Igualmente resulta desacertada la afirmación de la apoderada de Porvenir al manifestar que al estar consagradas las características de los dos regímenes pensionales en la ley, no era necesario que el fondo de pensiones le explicara a la demandante las implicaciones de trasladarse de régimen, pues se reitera, la exigencia de que la AFP suministre a sus afiliados una información completa y comprensible, fue inicialmente de desarrollo jurisprudencial, por

---

*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 evidente complejidad del tema, a pesar del contenido de la Ley 100 de 1993 y porque en la actualidad es indudable que para que una persona pueda ser beneficiaria de las ventajas que ofrece ese régimen debe tener en la cuenta individual un saldo sumamente alto que nunca se alcanzara con los aportes regulares que hace un trabajador en su vida laboral. Así las cosas, es evidente para esta Sala que al demandante no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conllevara a confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

### **Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración**

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración, impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar que tales condenas son consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual deberá transferir a Colpensiones todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la 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, sin que resulte valedero el argumento de que el mismo se origina en una disposición legal y que en caso de haber permanecido la demandante en el ISS hoy Colpensiones también esa entidad le hubiera efectuado ese descuento, pues por el contrario el hecho de 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.

### **Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen**

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele a la demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace más de 19 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del C.S.T, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

## **Tiempo de cotizaciones y reconocimiento de la pensión**

No se controvierte en esta instancia que la demandante cotizo en toda su vida laboral hasta el momento de presentación de la demanda, 1.864 semanas (fl. 19), contabilizando las que hizo por efecto del traslado de régimen en Porvenir (938 semanas RAIS + 926 ISS). También es claro que es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues nació el 22 de marzo del año 1959 (fl. 18) luego para su entrada en vigencia contaba con más de 35 años de edad, además se encontraba afiliada al ISS desde el 1° de enero de 1988 (fl. 124). Así las cosas, como quiera que el requisito de la edad lo cumplió la actora solo hasta el 22 de marzo de 2014 (fl. 18), se debe resaltar que para esa fecha ya había finalizado el régimen de transición, ya que el Congreso de la Republica al expedir el Acto Legislativo citado, reguló expresamente la situación de los beneficiarios del régimen y determinó que su aplicación solo iría hasta el 31 de julio de 2010 o hasta el 2014, siempre y cuando el afiliado hubiere cotizado para la entrada en vigencia de dicha normativa (25/07/2005) por lo menos 750 semanas, requisito que cumple la demandante ya que para esa fecha había cotizado más de 1.200 semanas (fls. 16 a 28, 106 a 112 y 124 a 126).

Todo lo anterior permite concluir que le son aplicables las normas del régimen anterior al cual estaba afiliada, que no es otro que el Acuerdo 049 de 1990, pues siempre ha cotizado con empresas privadas, ante lo cual se resalta que en virtud de la nulidad del traslado de régimen, nunca perdió el régimen de transición, lo que permite concluir que para el 22 de marzo de 2014, fecha en que cumplió los 55 años, reunió todos los requisitos para obtener la pensión conforme el Acuerdo 049 de 1990 ya que para esa data sumaba 1.562 semanas de cotizaciones, previo al 31/12/2014, fecha de finalización del régimen de transición, con lo que se concluye que cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, como bien lo estableció la Juez A quo y conllevara a confirmar la sentencia frente a este aspecto.

## **Disfrute de la pensión**

Frente al disfrute de la pensión es importante tener en cuenta el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990<sup>4</sup>, el cual indica que solo se puede disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio y como consecuencia del régimen general de pensiones. Conforme a las documentales obrantes a folio 108 se verifica que la demandante para la fecha de presentación de la demanda continuaba cotizando, ante lo cual solo procede el reconocimiento de la pensión a partir de la fecha en que acredite la desafiliación del sistema. No obstante, se debe aclarar que como Colpensiones a la fecha no ha recibido los valores de

<sup>4</sup> **ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.** *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.* (Subrayado fuera del texto)

la cuenta de ahorro individual que poseía el demandante en el fondo privado, la obligación del reconocimiento pensional por esta entidad surgirá solo cuando se acredite el traslado de dichos fondos por parte de la AFP Porvenir, lo que implica modificar la sentencia en este aspecto.

### **Liquidación de la pensión**

En cuanto a los parámetros para liquidar la pensión, debe precisar la Sala que como se trata de pensión del régimen de transición, regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>5</sup>, solo la edad y tiempo de servicios se someterá al Acuerdo 049 de 1990, pero la forma de liquidar el IBL, es la establecida en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>6</sup>, si le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho ó conforme el artículo 21 de la misma normativa<sup>7</sup> si ese lapso era superior. Así se ha reiterado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, cuando adoctrina que el régimen de transición conservó sólo tres elementos de la normatividad que regía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los cuales son la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y el monto de la prestación. Al respecto se pueden consultar las sentencias del 17 de octubre de 2008 con radicado No. 33343<sup>8</sup> cuyo ponente fue el Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza y la de fecha 1º de marzo de 2011 con radicación No. 40552, con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se requerán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (Subrayado por la Sala)

<sup>6</sup> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

<sup>7</sup> **ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

<sup>8</sup> *“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión.”*

<sup>9</sup> *“Esta interpretación del Tribunal no es correcta, toda vez que el inciso 3º de la norma en comento, no se refiere para nada a quienes les faltaba más de 10 años para adquirir el derecho, sino al contingente de personas que al momento de entrar a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 “les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho”, caso en el cual el ingreso base de liquidación será “el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.*

*En efecto, al ser un hecho indiscutido que para el 1º de abril de 1994, cuando comenzó en vigor la nueva ley de seguridad social, al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, si se tiene en cuenta que la edad de 60 años la cumplió el 25 de mayo de 2004, por haber nacido el mismo día y mes del año 1944, en definitiva el IBL no era posible determinarlo con los parámetros fijados en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la forma que lo hizo el Juez de apelaciones”*

La demandante cumplió los 55 años de edad en el año 2014 (fl. 18), luego para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión. Entonces, el IBL se debe liquidar con los aportes de los últimos 10 años o toda la vida laboral, el que le resulte más favorable, pues ha cotizado en toda su vida laboral más de **1.800 semanas**, al cual se le debe aplicar una tasa de reemplazo 90%, parámetros que deberá tener en cuenta Colpensiones para el momento en que liquide la pensión a la demandante, ya que no es posible liquidar la pensión en este momento debido a que la actora aun continua cotizando, igualmente tal reconocimiento se debe hacer en trece mesadas anuales pues la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011 y por tanto no cumple con los presupuestos del Acto Legislativo No 01 de 2005, inciso 8, párrafo transitorio No 6<sup>10</sup>.

### **Indexación**

En el evento de que las mesadas causadas no se paguen oportunamente, se deberán pagar de manera indexada. Para el efecto se deberá tener en cuenta la fecha de causación que en su momento se determine y aquella en que efectivamente se produzca el pago.

### **Excepción de Prescripción frente a las mesadas pensionales**

Como quiera que en esta sentencia se está aclarando que la obligación del reconocimiento pensional a cargo de Colpensiones surgirá solo cuando se acredite el traslado de los fondos por parte de la AFP Porvenir, es evidente que no ha transcurrido el término trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. y no estaría prescrita ninguna mesada.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de modificarse la sentencia apelada y consultada.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes AFP Porvenir S.A y Colpensiones Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una

---

<sup>10</sup> "...Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento (...)

Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año..."

## 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 cuarto (4º) de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de enero de 2020, el cual quedara así: "**CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de DELEIDA ESTHER CUELLO BLANCHARD, a partir del momento en que acredite la desafiliación del sistema, cuyo monto se deberá calcular conforme las directrices impartidas en la parte motiva de esta sentencia.**

*Se aclara que el derecho pensional se hará exigible desde la fecha en que Colpensiones reciba todos dineros por parte de la AFP Porvenir, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia. En el evento de que las mesadas causadas no se paguen oportunamente, se deberán pagar de manera indexada. Para el efecto se deberá tener en cuenta la fecha de causación que en su momento se determine y aquella en que efectivamente se produzca el pago".*

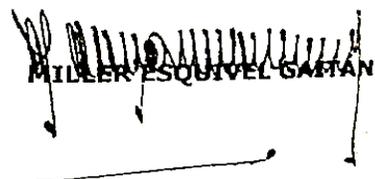
**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada.

**TERCERO.- COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes AFP Porvenir S.A y Colpensiones Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para 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 MARÍA ANGÉLICA MEDINA MORENO  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 2018 – 00632 Juz. 37**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veinte (2020), 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**

MARÍA ANGÉLICA MEDINA MORENO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3 y 47.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 y 3 y 46 a 47. Nació el 25 de junio de 1966. Comenzó a cotizar al ISS desde octubre de 1986. En el mes de febrero de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Colfondos. Los asesores de Colfondos, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Según lo informado por Colfondos el valor de la mesada pensional sería de un salario mínimo muy inferior a la que obtendría si estuviera afiliada al régimen de prima media que según sus cálculos correspondería a \$1.870.000. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 56 a 62. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, la reclamación elevada y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito las de; error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe.

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** en términos del escrito visible en fls. 90 a 114. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento de la demandante y la del traslado al RAIS y la reclamación elevada ante esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad y buena fe.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a las demandadas. Llegó a tal decisión luego de establecer que la parte demandante no acreditó que fue engañada por los asesores de Colfondos o que se presentó algún vicio del consentimiento o nulidad en el acto del traslado y por el contrario se demostró con el interrogatorio de parte de la demandante que los asesores de Colfondos la asesoraron y le hicieron una amplia exposición de las características del régimen e inclusive tuvo la oportunidad de hacerles varias preguntas. Tampoco demostró de forma fehaciente que en el régimen de ahorro individual va obtener una pensión muy inferior a la que obtendría en el de prima media, pues aun para la proyección efectuada en el año 2012 se encuentra lejos del reunir los requisitos para obtener la pensión de vejez. Las características del régimen de ahorro individual que la parte accionante señala como falsas, son reales y se encuentren consagradas en la ley y que en todo caso la única inconformidad que

tiene la demandante con el RAIS es el monto de la pensión lo cual eventualmente se constituye en un error de derecho el cual no vicia el consentimiento.

### **Recurso de Apelación**

El apoderado de la **demandante** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. El juez hace una mala valoración de las pruebas practicadas ya que si bien ha reiterado que la demandante recibió un asesoría y que firmó voluntariamente el formulario de afiliación, lo cierto es que una asesoría de una hora no es suficiente para conocer las características del RAIS y las implicaciones de traslado de régimen y más cuando el asesor de Colfondos le manifestó que le garantizaba que el monto de la pensión en el RAIS iba a ser superior al que le correspondería en régimen de prima media y que es evidente que es falso que un afiliado al RAIS se puede pensionar a cualquier edad con solo hacer los aportes ordinarios.

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

**Parte demandante:** Esta parte se abstuvo de presentar alegatos.

### **Parte demandada**

**Colpensiones:** Indica que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez y no se demostró la existencia del algún vicio en el consentimiento, sumado a que la demandante no aprovecho las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media.

**Colfondos:** Solicita se absuelva a esa entidad de todas las pretensiones ya no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria y conforme las disposiciones legales vigentes.

## **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 la nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

## **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 7, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 4 de agosto de 2018, en la que solicita el traslado de régimen, con la 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 actora**

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 9 de febrero del 1999 cuando solicitó su vinculación a Colfondos a la cual se encuentra actualmente vinculada (fls. 115).

## **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 el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP Colfondos no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias y le hizo una proyección incorrecta del monto de su mesada.

Al respecto encuentra la Sala que si bien la actora el día 9 de febrero del 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos (fls. 115), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel

---

<sup>1</sup> **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.*

entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la parte actora; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora 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 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 encuentra la fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup>, reiterado en la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 contrario a lo considerado por el juez, 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 genera un traslado de la carga de la prueba de la

---

*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)*

<sup>2</sup> “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”

parte actora a la entidad demandada, 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. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual contrario a lo considerado por el juez no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció de su puño y letra el formulario de solicitud de vinculación y si bien la demandada AFP Colfondos al contestar la demanda manifestó que previo al traslado, le suministro a la demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, la cual según se logró determinar con el interrogatorio de parte y los testimonios recibidos, la entidad no demostró ni aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró a la actora un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más 24 años para alcanzar la edad de pensión.

Omisión que en consideración de La Sala no se saneo por el hecho de que la demandante reconociera en el interrogatorio de parte que previo al traslado recibió

---

<sup>3</sup> “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”*

una asesoría por parte de la AFP Colfondos, pues esa situación no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él.

Tampoco es valedero el argumento del juez A quo según el cual, como para el momento en que se trasladó de régimen le faltaban más de 20 años para alcanzar su pensión, no se le estaba vulnerando ningún derecho, pues la nulidad 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 al 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 el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>4</sup>.

Igualmente resulta desacertada la afirmación del Juez A quo al manifestar las características que el asesor le dio a la demandante frente al RAIS son ciertas porque están consagradas en la ley y ante lo cual no era necesario que el fondo de pensiones le explicara a la demandante las implicaciones de trasladarse de régimen, pues se reitera, la exigencia de que la AFP suministre a sus afiliados una información completa y comprensible fue inicialmente de desarrollo jurisprudencial, por la evidente complejidad del tema, pesar del contenido de la Ley 100 de 1993 y porque en la actualidad es indudable a pesar de que lo quiera ignorar el juez A quo que para que una persona pueda ser beneficiaria de las ventajas que ofrece ese régimen debe tener en la cuenta individual un saldo sumamente alto que nunca se alcanzara con los aportes regulares que hace un trabajador en su vida laboral.

---

<sup>4</sup> " 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).

Así las cosas, es evidente para esta Sala que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera dimensionar las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual efectuada el 9 de febrero del 1999 a la AFP Colfondos (fls. 115) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

### **Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen**

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele a la demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace más de 20 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible, dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de revocarse la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas esta instancia.

### **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.

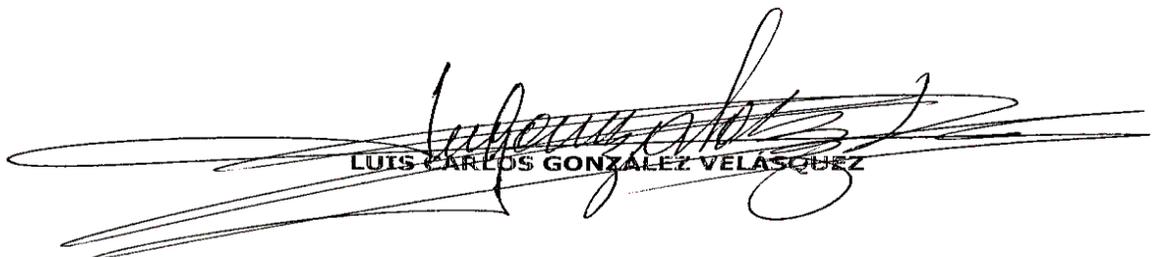
## RESUELVE

**PRIMERO. – REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de febrero de 2020, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de la actora **MARÍA ANGÉLICA MEDINA MORENO** al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 9 de febrero del 1999 con destino a **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

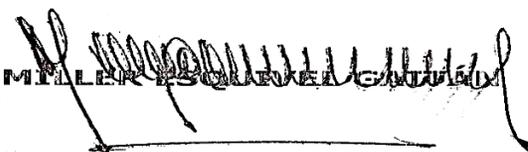
**SEGUNDO.- CONDENAR** a la entidad demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones la totalidad de todos los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO.- COSTAS:** Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas esta instancia.

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

  
MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

## 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 SEGUNDO MISAEL LÓPEZ LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2018 – 00751 Juz. 03.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veinte (2020), 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**

SEGUNDO MISAEL LÓPEZ LÓPEZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 y 6.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 6 y 7. Nació el 05 de marzo de 1960. Comenzó a cotizar al ISS desde el 1º de junio de 1994. El 10 de agosto de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Porvenir, dentro del cual se trasladó a Protección. Los asesores de Porvenir, por medio de engaños lo persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 80 a 85. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, la de afiliación al ISS y del traslado de régimen, las peticiones que elevo y sus respuestas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en términos del escrito visible en fls. 91 a 105. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento del demandante, la de afiliación a esa entidad, las peticiones que elevo y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y traslado y movilidad del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 177 a 184. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y del traslado de régimen, las peticiones que elevo.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. y las posteriores afiliaciones que hizo en el RAIS y ordenó a la AFP Protección S.A. devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y bonos pensionales. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen

consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

### **Recurso de Apelación**

El apoderado de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el traslado de régimen fue válido pues para la época en que se efectuó, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen y que en todo caso las irregularidades que se pudieron presentar se subsanaron con la realización de las cotizaciones y los múltiples afiliaciones de AFP que hizo dentro del RAIS. Agrega que no se demostraron las deficiencias del RAIS y que el demandante tuvo la oportunidad de solicitar el traslado de régimen dentro de los distintos plazos establecido en la ley y no lo hizo.

El apoderado de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque no hay razón para declarar la ineficacia del traslado ya que al haberse cambiado en varias oportunidades de AFP el actor tuvo la oportunidad conocer las características del RAIS y que una decisión en ese sentido puede afectar la sostenibilidad financiera del sistema y porque Colpensiones será la entidad perjudicada y tendrá que asumir el pago de una eventual pensión.

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

**Parte demandante:** Esta parte se abstuvo de presentar alegatos.

#### **Parte demandada**

**Colpensiones:** Además de reiterar los fundamentos de la apelación indica que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez sumado a que la demandante no aprovechó las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media, además esto puede afectar la sostenibilidad del régimen de prima media.

**Protección:** Solicita se revoque la sentencia ya que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque esa entidad siempre ha actuado de buena fe, el traslado se efectuó conforme a las disposiciones legales vigentes para ese momento y en

todo caso era deber del demandante como consumidor financiero averiguar las implicaciones de su decisión de cambiarse de régimen.

**Porvenir:** Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria y que conforme el acervo probatorio se probó que esa entidad actuó de buena fe y conforme la legislación vigente para el momento del traslado de régimen.

## **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.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 31, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 20 de abril de 2018, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional del actor**

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 10 de agosto del 1994, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir (fl. 42), régimen dentro del cual se trasladó el 10 de agosto de 2000 a Santander hoy Protección a la cual se encuentra actualmente vinculado (fls. 117).

### **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 el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP Porvenir, no suministró

la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al respecto, si bien el actor el día 10 de agosto del 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fls. 42), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la parte actora; 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.

Y esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a 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 encuentra la fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup>, reiterado en

---

<sup>1</sup> **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)*

<sup>2</sup> “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,

la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, 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. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

*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”*

<sup>3</sup> “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”*

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación y si bien la demandada AFP Porvenir, al contestar la demanda manifestó que previo al traslado, le suministro al demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, la entidad no demostró ni aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de 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 28 años para alcanzar la edad de pensión.

Estas insuficiencias no se subsanan por el hecho de que el actor ya estando dentro de régimen de ahorro individual, decidiera cambiar en varias oportunidades de AFP, pues nótese que todo es fruto de una decisión viciada de nulidad y porque en ningún momento las acciones posteriores de una tercera entidad legitima las acciones de Porvenir o por el hecho de que previo a faltarle menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, el demandante no efectuó ninguna gestión para buscar su traslado, pues esta circunstancia no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él.

Igualmente resulta desacertada la afirmación del apoderado de Colpensiones; de que la ineficacia del traslado y el posterior regreso del demandante a régimen de prima media, va generar una descapitalización o afectar la sostenibilidad del régimen, porque además de demostrar un total desconocimiento del régimen de prima media, ignora que estos afiliados regresan al Colpensiones con la totalidad de aportes y los rendimientos generados en el RAIS, lo que contribuye con la financiación, no solo de sus pensiones si no la de los demás afiliados al régimen de prima media y aunque eventualmente tendrá que reconocer las pensiones y/o prestaciones a que tengan derecho estos afiliados, su pago se hace en forma periódica y gradual, lo cual garantiza el sostenimiento del sistema piramidal de este régimen.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

## **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes AFP Porvenir S.A y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para 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 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de febrero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes AFP Porvenir S.A y Colpensiones Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una

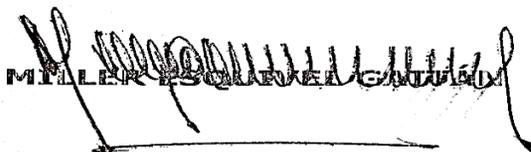
**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**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 PILAR MACIA SÁNCHEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 2019 – 00135 Juz. 23**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veinte (2020), 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**

PILAR MACIA SÁNCHEZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 7 y 8.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Subsidiariamente que las AFP asuman la diferencia entre la pensión que reconozca el RAIS y la que le hubiere correspondido en Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 7. Nació el 2 de noviembre de 1964. Estando cotizando para el ISS el día 6 de julio de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Horizonte hoy Porvenir, dentro del cual se trasladó a Colfondos. Los asesores de Horizonte, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. En el año 2019 Colfondos le informó que el valor de la mesada pensional sería de \$1.741.100 muy inferior a la que

obtendría si estuviera afiliada al régimen de prima media que según sus cálculos correspondería a \$6.268.217,22. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 74 a 84. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, la fusión entre Horizonte y Porvenir y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** en términos del escrito visible en fls. 101 a 119. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación elevada ante esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 123 a 138. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, la fusión entre Horizonte y Porvenir, la afiliación a Colfondos y la reclamación elevada ante esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

## **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y la posterior afiliación que hizo en el RAIS a AFP Colfondos S.A. y les ordenó a la devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y gastos de administración. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Horizonte hoy Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

## **Recurso de Apelación**

La apoderada de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque no se demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento de la actora para el momento del traslado de régimen y en todo caso no tenía una expectativa legítima para obtener la pensión ni es beneficiaria del régimen de transición. Agrega que la inconformidad con el monto de la pensión ofrecida en el RAIS no se constituye en un engaño por parte de la AFP y más cuando la demandante en el interrogatorio de parte confiesa que se trasladó de forma voluntaria.

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque la demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria pues se debe tener en cuenta que para la época en que se efectuó el traslado, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen y que en la demanda se alegan hechos que no coincide con lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte quien confiesa que recibió una asesoría por parte de Horizonte hoy Porvenir y por tanto no resulta aplicable la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia frente a la inversión de la carga de la prueba, además de que para el momento del traslado le faltaban más de 25 años para cumplir los requisitos para obtener la pensión.

El apoderado de **Colfondos** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia parcialmente en cuanto a la condena por devolución de gastos de administración porque se hacen por disposición legal y se estaría lucrando la demandante sin justificación, sumado a que si el resultado de declarar la ineficacia es que todo vuelva a su estado original y se retrotraigan las cosas como si la afiliación no hubiese existido, por principio de

equivalencia se debería ordenar la devolución por parte de la demandante de los rendimientos que obtuvo en el régimen de ahorro individual y que no hubiera obtenido en el régimen de prima media.

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

**Parte demandante:** Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir al momento del traslado de régimen.

### **Parte demandada**

**Colpensiones:** Además de reiterar los fundamentos de la apelación índica que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez sumado a que la demandante no aprovechó las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media, además esto puede afectar la sostenibilidad del régimen de prima media.

**Porvenir:** Manifiesta que reitera en su totalidad los fundamentos de la apelación.

La otra demandada AFP Colfondos se abstuvo de presentar alegatos.

## **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 nulidad del traslado de régimen y la orden de devolución de los gastos de administración impuesta en contra de Colfondos.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 27 y 28, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 9 de enero de 2019, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, con la 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 actora**

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 06 de julio del 1994 cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fl. 49) dentro del cual se trasladó el 28 de agosto del 2001 a Colfondos a la cual se encuentra actualmente vinculada (fl. 48).

## **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP Horizonte hoy Porvenir no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 06 de julio del 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fl. 49), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, 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 concedora 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.

---

<sup>1</sup> **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)*

Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a 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 encuentra la sentencia fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara 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 genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora hacia la entidad demandada, 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. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual no es necesario demostrar

---

<sup>2</sup> “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”

<sup>3</sup> “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.

la existencia de algún vicio del consentimiento como erróneamente lo alega la apoderada Colpensiones.

Nada de lo anterior demostró la AFP Horizonte hoy Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró a la demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, la cual según se logró determinar con el interrogatorio de parte, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de 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 27 años para alcanzar la edad de pensión.

Omisión que en consideración de La Sala no se saneo por el hecho de que la demandante reconociera en el interrogatorio de parte que previo al traslado recibió una asesoría por parte de la AFP Horizonte, pues esa situación no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él.

Tampoco es valedero el argumento de las apoderadas de Colpensiones y Porvenir, según el cual, como la actora no tenía cercana la posibilidad de pensionarse, ni era beneficiaria del régimen de transición, no se le estaba vulnerando ningún derecho y que no se demostraron fehacientemente los perjuicios que le causa el traslado de régimen, pues la ineficacia del acto del traslado 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 el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>4</sup>.

---

*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"*

<sup>4</sup> *"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*

Igualmente resulta desacertada la afirmación de la apoderada de Colpensiones al manifestar las características que el asesor le dio a la demandante frente al RAIS son ciertas porque están consagradas en la ley y ante lo cual no era necesario que el fondo de pensiones le explicara a la demandante las implicaciones de trasladarse de régimen, pues se reitera, la exigencia de que la AFP suministre a sus afiliados una información completa y comprensible fue inicialmente de desarrollo jurisprudencial, por la evidente complejidad del tema, pesar del contenido de la Ley 100 de 1993 y porque en la actualidad es indudable que para que una persona pueda ser beneficiaria de las ventajas que ofrece ese régimen debe tener en la cuenta individual un saldo sumamente alto que nunca se alcanzara con los aportes regulares que hace un trabajador en su vida laboral.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

### **Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración**

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración, impartida en contra de la AFP Colfondos, es preciso indicar que tales condenas son consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual deberá transferir a Colpensiones todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la 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, sin que resulte valedero el argumento de que el mismo se origina en una disposición legal y que en caso de haber permanecido la demandante en el ISS hoy Colpensiones también esa entidad le hubiera efectuado ese descuento, pues por el contrario el hecho de 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.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

---

*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).*

## **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes AFP Porvenir, AFP Colfondos y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para 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 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes AFP Porvenir, AFP Colfondos y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una.

## **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

**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 HÉCTOR EDUARDO BRICEÑO FRANCO  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES S.A. Rad. 2019 – 00310 Juz. 21**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veinte (2020), 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**

HÉCTOR EDUARDO BRICEÑO FRANCO, demandó a COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas solicitadas a fl. 2, relacionadas con el reconocimiento del incremento pensional por personas a cargo (Art. 21 Acuerdo 049 de 1990), el respectivo retroactivo desde la fecha a partir de la cual se le reconoció la pensión e indexación. Los hechos se resumen a fl. 1 del expediente y se refieren al reconocimiento de la pensión de vejez y la dependencia económica de su compañera permanente, MARÍA LILIANA FRANCO BARRIOS.

**Actuación Procesal**

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la demandada le dio contestación en la forma y términos visibles a fls. 33 a 39, oponiéndose a las pretensiones por no acreditar fundamentos legales ni de hecho, toda vez que no existe el derecho reclamado.

Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no

configuración del derecho al pago de I.P.C. ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso en legal forma, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que absolvió a Colpensiones. Llegó a tal decisión luego de considerar que si bien el demandante demostró que le fue reconocida la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, como quiera que no se causó el derecho pensional antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no procede el pago del incremento solicitado, pues para la fecha del reconocimiento ya se encontraba derogado el Acuerdo 049 de 1990 que los contemplaba, siguiendo los parámetros de la Corte Constitucional en Sentencia SU 140 de 2019.

### **Recurso de Apelación**

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, toda vez que la sentencia SU 140 de 2019 no puede reemplazar al legislador en funciones y por tanto no puede derogar los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 lo cual no hizo la Ley 100 de 1993 y que en todo caso se debe tener en cuenta que tales incrementos hacen parte integral de la pensión de vejez y por tanto no pueden estudiarse de forma independiente.

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

**Parte demandante:** Esta parte se abstuvo de presentar alegatos.

### **Parte demandada**

**Colpensiones:** Solicita se confirme la sentencia de primera instancia ya que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento del 14% por cónyuge a cargo, toda vez que los mimos se encuentra derogados.

## **CONSIDERACIONES**

### **Reclamación administrativa**

Fue agotada en legal forma como se visualiza en la prueba documental obrante a fl. 26, contentiva de la respuesta a la reclamación administrativa formulada por el demandante ante Colpensiones, tendiente a obtener el pago del incremento del 14% de la pensión por su cónyuge a cargo. Se tiene por acreditado el requisito de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Status de pensionado del actor**

En lo que tiene que ver con la calidad de pensionado, no está en discusión que con la Resolución No. 002169 del 29 de enero del 1999 expedida por el ISS se le reconoce la pensión de vejez al actor (fl. 13), con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990 en una suma de \$314.597 a partir del 22 de agosto del 1997.

### **Vigencia y exigibilidad de los Incrementos Pensionales**

Frente a la vigencia y exigibilidad de los incrementos pensionales La Sala aclara que hasta hace poco tiempo acogía el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que considera que los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el Acuerdo 049 de 1990 continúan vigentes y son de plena aplicación en los casos de pensiones reconocidas bajo esa normativa, ya sea porque la pensión se causó durante su vigencia o en virtud del régimen de transición (Ley 100 de 1993), al considerar que esta última norma no los reguló en forma expresa ni los derogó y en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, criterio que en este aspecto compartía la Corte Constitucional.

No obstante, no puede pasar desapercibido que en sentencia SU 140 de 2019 la H. Corte Constitucional recogió tal criterio para en su lugar limitar su aplicación solo a aquellas personas que hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, ya que esta última normativa derogó de manera orgánica tales incrementos, aun para los beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem, además de considerar que su reconocimiento va en contravía del el Acto Legislativo 01 de

2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución<sup>1</sup> Política, criterio que acogerá La Sala y por consiguiente se entrara a verificar la fecha en que el demandante cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, para así determinar el eventual derecho a los citados incrementos.

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos, en el caso que nos ocupa se tiene que la pensión de vejez fue reconocida mediante Resolución No. 002169 del 29 de enero del 1999 (fl. 13) a partir del 22 de agosto de 1997 por haber cotizado 1.050 semanas y por haber cumplido los 60 años ese mismo día (fl. 12), por lo que se concluye que fue solo a partir de esta última fecha que acredito todos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, data para cual ya se encontraba derogado el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 que consagraba los precitados incrementos y por tanto hace inviable su aplicación.

Son suficientes las anteriores razones para confirmar la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Se confirman las de primera instancia. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente demandante. Fíjese la suma de \$100.000 como agencias en derecho.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

---

<sup>1</sup> "De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieren cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 10 de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

Sin perjuicio de la anterior fundamentación, la Corte así mismo recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2000, que adicionó el artículo 48 de la Constitución"

## RESUELVE

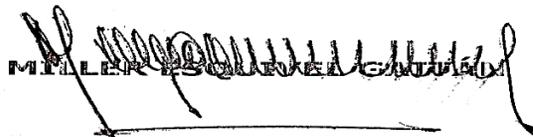
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá del 11 de febrero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirman las de primera instancia. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente demandante. Fíjese la suma de \$100.000 como agencias en derecho.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

  
MILLER ESQUIVEL GUTIÉRREZ