

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 NUBIA DEL CARMEN MARTÍNEZ DE SIERRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 – 00572 01. Juz. 22.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veintiuno (2021), 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

NUBIA DEL CARMEN MARTÍNEZ DE SIERRA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 36.

- Reliquidación de la pensión de vejez con una tasa de remplazo del 90% sobre lo cotizado durante toda su vida laboral
- Pagar la reliquidación a partir del 2 de noviembre de 2008
- indexación
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 36 y 37. Manifiesta que radicó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez ante el ISS quien mediante Resolución 013922 del 21 de mayo de 2009 le reconoció la pensión de vejez bajo los parámetros del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en concordancia con el Decreto 758 de 1990 a partir del 2 de noviembre de 2008, para lo cual tuvo en cuenta 904 semanas y una tasa de remplazo del 69%, pero que sumados los tiempos públicos y privados la demandante cuenta con 1358 semanas, por lo que tiene derecho a la reliquidación de la pensión en los términos de la sentencia SU-769 de 2014 ya que no se tuvo en cuenta la tasa de remplazo del 90% ni el ingreso base de cotización de toda la vida laboral y que no se indexó el IBC de los últimos 10 años. Afirma que por lo

expuesto presentó reclamación ante COLPENSIONES el 13 de febrero de 2018 que fue resuelto mediante Resolución SUB 61724 del 3 de marzo de 2018 donde negó la reliquidación solicitada, contra la que interpuso recurso de apelación que aún no ha sido decidido.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en los términos del escrito visible a fls. 48 a 61

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con las resoluciones expedidas por ella, y manifestó que no le constan o no son ciertos los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, no configuración al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia de la condena en costas y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 9 de septiembre de 2019 en la cual ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, condenó en costas a la parte demandante, dispuso la consulta y concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Para resolver consideró que, conforme a la jurisprudencia entre otras la SL-1330 de 2018, era posible la acumulación de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la prestación, pero no para la reliquidación de la pensión pues se tomaban para el reconocimiento de la pensión únicamente los periodos cotizados, por lo que no era viable la sumatoria de las semanas para asignarle una tasa de remplazo del 90%. En cuanto al IBC señaló que se debía aplicar el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, ya que lo pretendido por la parte actora era un híbrido entre las normas, lo que no era procedente.

Recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación con el argumento de que se debe dar aplicación a lo dispuesto en la sentencia SU-769 de 2014 que tiene en cuenta los tiempos públicos y privados, por ser más beneficioso para la demandante ya que al sumar las 418 semanas laboradas a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO entre 1979 y 1987 y las cotizadas al ISS, dan un total de 1358 semanas, lo que hace viable la aplicación de una tasa de remplazo del 90%. Además, menciona que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y liquidar el IBC con toda la vida laboral.

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

Parte demandante: Pide se revoque el fallo en razón a que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez con base al régimen de transición, ya que cumplió los requisitos para pertenecer a este y tiene 1358 semanas, lo que genera un reconocimiento del 90 % del ingreso base de liquidación

Parte demandada: Solicita se confirme la sentencia debido a que no es procedente la aplicación del 90% solicitado según el Decreto 758 de 1990, ya que las 1000 semanas deben ser cotizadas exclusivamente al ISS o Colpensiones y el demandante cotizó a otras cajas y este tiempo no se tiene en cuenta, por lo que no cumple el requisito anterior.

CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con el recurso de alzada procede La Sala a determinar si procede la reliquidación de la pensión reconocida a la demandante, tomando para el efecto los tiempos laborados a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO entre 1979 y 1987 y los cotizados al ISS, para que como consecuencia de ello se le asigne una tasa de remplazo del 90% y además, liquidarla con el IBC del promedio de lo devengado durante toda la vida laboral por tener más de 1250 semanas y ser más beneficiosa para la reclamante.

Aplicación de la sentencia SU-769 de 2014 para reliquidación de pensiones

Como fundamento de su reclamación cita la sentencia SU-769 de 2014; sin embargo, es conocido que la Corte Constitucional en la sentencia en mención y más recientemente en sentencia SU 057 de 2018, ratificó su posición

jurisprudencial según la cual en aplicación del principio de favorabilidad, es posible acumular tiempos de servicios del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, con los tiempos efectivamente cotizados al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049/90, pues dicho régimen pensional no exige en su articulado que las cotizaciones deban ser efectuadas en forma exclusiva al Seguro Social, lo cual procede para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 siempre y cuando no exista otro régimen pensional anterior que le permita al afiliado concretar su derecho a la pensión de vejez, y que con dicha acumulación no se pretenda el reajuste o la reliquidación de la pensión de vejez.

Lo anterior, por cuanto la sentencia SU-769 de 2014 lo que pretendió fue maximizar la oportunidad de las personas que no cumplían los requisitos exigidos en alguno de los regímenes anteriores a los que se encontraban afiliados y que por ello perdían los beneficios de la transición y quedaban acogidos íntegramente a la ley vigente. Es decir, que su finalidad fue proteger el goce efectivo del derecho a la seguridad social de quienes no lograban acceder a la pensión de vejez bajo ningún régimen pensional anterior, siendo la única alternativa para adquirir el derecho el sumar los tiempos cotizados tanto al ISS hoy Colpensiones, como a cajas o fondos de previsión social, para lograr acreditar los requisitos mínimos del Acuerdo 049/90.

Así las cosas, no procede la aplicación de la citada sentencia para la reliquidación de la pensión como lo pretende el accionante. Además, al existir un régimen aplicable a la afiliada que le permitía acceder al derecho a la pensión como lo fue el Acuerdo 049 de 1990, no es procedente la acumulación de tiempos de que trata la sentencia SU-769 de 2014 ya que en el caso en estudio, la demandante NO se encontraba en la situación analizada en la sentencia SU-769 de 2014, pues ella era beneficiaria del régimen de transición y por reunir los requisitos del Decreto 758 de 1990, se le reconoció la prestación contabilizando para su caso un total de 940 semanas cotizadas al ISS, razón por la que se debe confirmar en este aspecto la decisión tomada en primera instancia.

Aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993

Solicita el recurrente se le aplique el citado artículo para que se reliquide la pensión teniendo en cuenta el tiempo laborado durante toda su vida laboral.

El artículo 21 indica que 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 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste 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, y 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.

En el presente asunto lo que realmente pretende el recurrente es que se sumen los tiempos laborados a la CAJA AGRARIA y no cotizados al ISS para que totalicen 1358 semanas de cotización en aplicación de la sentencia ya citada, y así obtener la reliquidación de la prestación.

Y ello es así, por cuanto revisada la demanda se tiene que el recurrente hace la sumatoria de las semanas cotizadas al ISS con las laboradas en la CAJA AGRARIA y no cotizadas al ISS, las que como se indicó anteriormente no pueden ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de la prestación conforme al Decreto 758 de 1990, lo que sí procedería si se aplicara para el reconocimiento de la pensión el artículo 33 de la Ley 100 de 1990 que permite la acumulación de tiempos públicos y privados para el reconocimiento pensional, lo cual no favorece al demandante.

Entiende la Sala que lo deprecado entonces, es la aplicación parcial de una norma para el reconocimiento pensional y de otra para la reliquidación de la misma, lo cual no es procedente dada la inescindibilidad de la norma bajo la cual ha de regirse el asunto en concreto, por lo que en su caso, deben ser aplicadas las normas del régimen de transición y el Decreto 758 de 1990 en su integridad y no parcialmente, como lo pretende para reliquidar la pensión con la sumatoria de tiempos públicos no cotizados al ISS.

De conformidad con lo expuesto, se **confirma** la sentencia impugnada.

Costas. - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

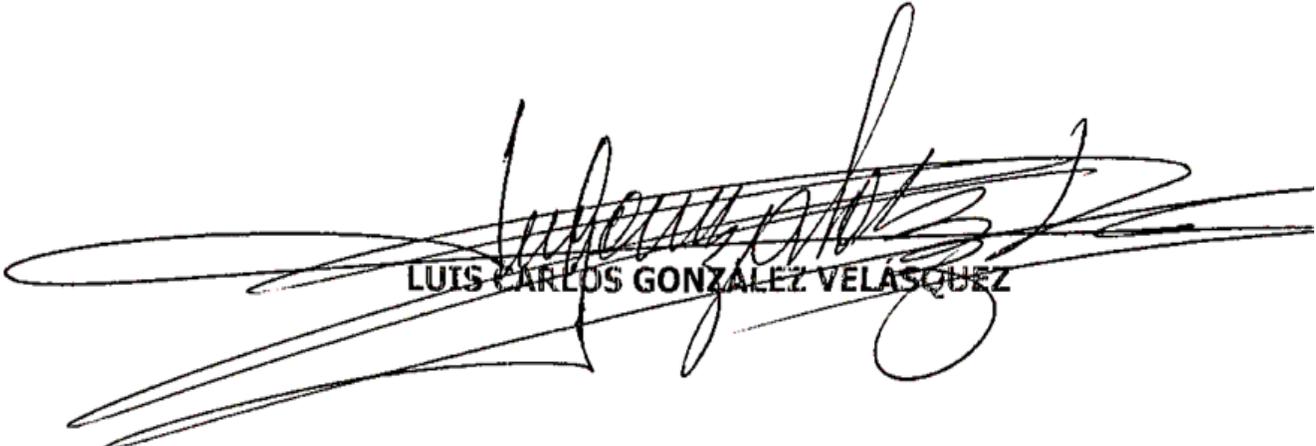
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de septiembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como costas en derecho.

Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

EN PERMISO
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 RICARDO SIERRA PARRA CONTRA
SOLOGRES CERÁMICAS LTDA. Y OTRO. Rad. 2018 00608 01. Juz 20.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril de dos mil veintiuno (2021), 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

RICARDO SIERRA PARRA demandó a SOLOGRES CERÁMICAS LTDA. y su socio MARCO ANTONIO SUÁREZ MONTOYA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 a 6

- Contrato de trabajo entre el 20 de mayo de 2016 y el 19 de noviembre de 2017.
- Indemnización por despido sin justa causa
- Vacaciones
- Prima de servicios
- Cesantías años 2016 y 2017
- Intereses a las cesantías años 2016 y 2017
- Sanción por no consignación de las cesantías
- Sanción moratoria del artículo 65 del C.S. del T.
- Indexación de las condenas
- Costas
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 4. Afirma que existió una relación laboral entre el demandante y SOLOGRES CERÁMICAS LTDA., mediante un contrato de trabajo a término fijo para desempeñar el cargo de oficios varios con un salario de \$740.000,00; que inició el 20 de mayo de 2016 y terminó el 19 de noviembre de 2017, por decisión del empleador sin un proceso disciplinario previo. Que a la fecha le adeudan salarios del 16 al 19 de noviembre de 2017, vacaciones de 2017, prima del segundo semestre de 2017, cesantías e intereses a las

cesantías de los años 2016 y 2017, indemnización por despido sin justa causa y que el señor MARCO ANTONIO SUÁREZ MONTOYA es socio de la empresa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 24 a 25 y 29 a 33.

- Se opuso a las pretensiones.
- Acepto los hechos relacionados con la existencia de la relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo que inició el 20 de mayo de 2016 y terminó el 19 de noviembre de 2017; que el cargo desempeñado era de oficios varios y el salario de \$740.000,00 y negó los hechos relacionados con el despido y las acreencias laborales reclamadas.
- Formuló como excepciones de mérito la indeterminación de pretensiones, pago de las obligaciones y cobro de lo no debido.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo que declaró la existencia de la relación laboral entre el actor y la SOCIEDAD SOLOGRES CERÁMICAS LTDA., desde el 20 de mayo de 2016 y hasta el 20 de noviembre de 2017 con un salario de \$740.000,00. Condenó a SOLOGRES CERÁMICAS LTDA. a reconocer y pagar al actor la suma de \$1.367.120,00 por concepto de diferencia en las acreencias laborales y ordenó la entrega del depósito judicial consignado por la suma de \$1.270.000,00. Igualmente, dispuso la condena al pago de indemnización de que trata el artículo 65 del C.S. del T. hasta por 24 meses y a partir de allí el pago de los intereses de mora. Absolvió a la demanda de las demás pretensiones.

El A-quo tomó como fundamento de su decisión la aceptación que hizo la demandada de los hechos relacionados con la existencia de la relación laboral, los extremos y el salario devengado por el actor junto a las demás pruebas allegadas al proceso que corroboraron lo anterior. En cuanto al despido señaló que conforme a la carta de terminación aportada por las partes se podía determinar que las causas de la terminación de la relación laboral fueron las "reiteradas faltas y negligencia en su trabajo" y la "falta de respeto a la persona en del área de servicio de salud ocupacional encargada de hacer cumplir el reglamento interno de trabajo"; lo que por tratarse de la terminación de la relación laboral y no de una

sanción, no era necesaria la previa investigación o realización del disciplinario. Respecto al pago de las acreencias reclamadas tuvo en cuenta el depósito judicial consignado, la liquidación aportada, los demás documentos allegados que acreditaron pagos, así como lo afirmado por el demandante en el interrogatorio de parte respecto al pago de prestaciones sociales y vacaciones pero al realizar las operaciones aritméticas encontró una diferencia en la liquidación y por ello condenó a dicho pago, sí como a la indemnización moratoria pues la empleadora no puso a disposición del demandante el valor consignado ni autorizó la entrega del depósito. Absolvió de las demás pretensiones y adicionó la sentencia ordenando el pago del depósito judicial consignado por la demandada.

Recurso de Apelación

Adujo la parte demandada que siempre actuó de buena fe y se avisó de la consignación del título judicial al demandante quien no gestionó ante la empresa ningún mecanismo para que pudiera hacerlo efectivo. Igualmente, dice que no manifestó en ningún momento dónde estuvo la falencia que generó la diferencia en las acreencias laborales, lo que fue un hecho nuevo respecto del que la empleadora no tuvo la oportunidad de defenderse por lo que el fallo se sale de los parámetros respecto a lo que le corresponde al trabajador. Que el trabajador está valiéndose de su propia torpeza para beneficiarse.

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

Parte demandante: Solicita esta parte que se confirme la decisión de primera instancia ya que manifiesta que la empresa actuó de mala fe por lo que, a pesar de que la empresa consignó los dineros relativos a la liquidación, que no correspondían al valor que se debía por concepto de salarios y prestaciones sociales del trabajador, a su vez esta no firmaba los formularios para autorizar el retiro del dinero ni tampoco puso a disposición del juez un título judicial para que el trabajador pudiera reclamar el dinero.

Parte demandada: Requiere se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia en lo concerniente a la liquidación adicional de prestaciones sociales e indemnización ordenada de sanción moratoria, esto en razón a que se despidió al trabajador legalmente y le cancelaron las prestaciones sociales al demandante en términos de ley en el banco Agrario, actuando así de buena fe. Por otra parte, que el demandante actuó de mala fe al mentir sobre la terminación del contrato,

tramitar la solicitud de las prestaciones, así como que el a quo trajo hechos nuevos solo conocidos en el fallo extralimitándose ultra y extra petita.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, es decir, si existió una buena fe en su actuar que la exima de la condena al pago de la sanción contenida en el artículo 65 del C.S. del T. y si la sentencia de primera instancia desbordó los parámetros de lo solicitado en la demanda tomando hechos nuevos que no permitieron que la demandada ejerciera su defensa.

En relación a que la empleadora actuó de buena fe y le avisó de la consignación del título judicial al demandante, quien no gestionó ante la empresa ningún mecanismo para que pudiera hacerlo efectivo; es necesario señalar que si el actor no había querido recibir la liquidación como lo indica el recurrente, era necesario atenerse a lo dispuesto en el artículo 65 del C. S. del T, que determina “el empleador deberá consignar la suma que considere deber al trabajador por concepto de acreencias laborales” y a los Acuerdos 481 de 2002 y 5085 de 2009 de la Dirección Ejecutiva Seccional De Administración Judicial De Bogotá.

Por ello, una vez el empleador tiene el acta Individual de Reparto del depósito judicial, debe informarlo al empleado mediante correo certificado; para lo cual debe anexar una copia del acta de reparto y la carta autorizando su pago firmada por el Representante Legal para que el beneficiario pueda acercarse al despacho y el funcionario judicial determine la procedencia del pago. Sin embargo, esto no sucedió en el caso en estudio, o por lo menos no probó la parte demandada haber remitido al trabajador o al juzgado en el curso del proceso, la carta de autorización para el pago del depósito judicial. Aunado a lo anterior, es necesario resaltar que el depósito judicial no cubrió la totalidad de las obligaciones laborales ya que aún se adeuda el valor de \$1.270.221,00, por lo que no puede decirse que existió la buena fe invocada.

Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 37156 del 26 de agosto de 2009 al analizar un caso similar consideró que la consignación mediante depósito judicial no exonera por si sola de la sanción moratoria cuando existe una mora en el pago de las acreencias laborales si no se ha dado al trabajador la plena posibilidad de hacer efectivo el pago, ya que las diligencias para su entrega deben ser realizadas por el empleador.

Ahora, en cuanto a que la sentencia tomo hechos nuevos al establecer unas diferencias en la liquidación de las acreencias laborales sin que demandante hubiera mencionado donde estaban las falencias para ello, por lo que considera que la demandada no tuvo oportunidad de ejercer su defensa, se procede a revisar las pretensiones de la demanda, donde se observa que el actor solicitó la indemnización por despido sin justa causa, el pago de 3 días de salario, vacaciones de 2017, prima del segundo semestre de 2017, cesantías e intereses a las cesantías de los años 2016 y 2017, la sanción por falta de consignación de las cesantías y la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S. del T.

Al contestar la demanda, la parte recurrente aceptó lo relacionado con la existencia de la relación laboral, los extremos de la misma, el cargo desempeñado y el salario devengado en la suma de \$740.000,00, por lo que con fundamento en dicho valor y al haber aportado la demandada copia del depósito judicial consignado al Banco Agrario de Colombia y un comprobante de pago de cesantías, el juzgado procedió a liquidar las acreencias reclamadas, descontando del valor total a pagar el depósito judicial allegado y el pago cancelado al actor a fin de establecer si quedaban cubiertas las obligaciones. En razón a lo anterior, el juzgado encontró que los pagos efectuados de \$1.270.221,00 (fl.41) mediante depósito judicial y otro de \$442,000,00 (fl.47) no cubrían el total de las prestaciones adeudadas y por ello condenó al pago de la diferencia resultante por la suma de \$1.270.221,00.

Por lo anterior, debe decirse que no se trata de hechos nuevos respecto de los cuales la empleadora no tuvo la oportunidad de defenderse, puesto que con la contestación de la demanda tuvo la oportunidad de allegar las pruebas que acreditaran el pago total de los conceptos que se reclamaban en la demanda ya que el demandante no solicitó el pago de unas diferencias sino el pago total de las acreencias, por lo que al no quedar canceladas las obligaciones laborales en forma completa; debe pagar la diferencia.

Conforme a las anteriores razones se ha de **confirmar** la sentencia apelada.

COSTAS

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

DECISIÓN

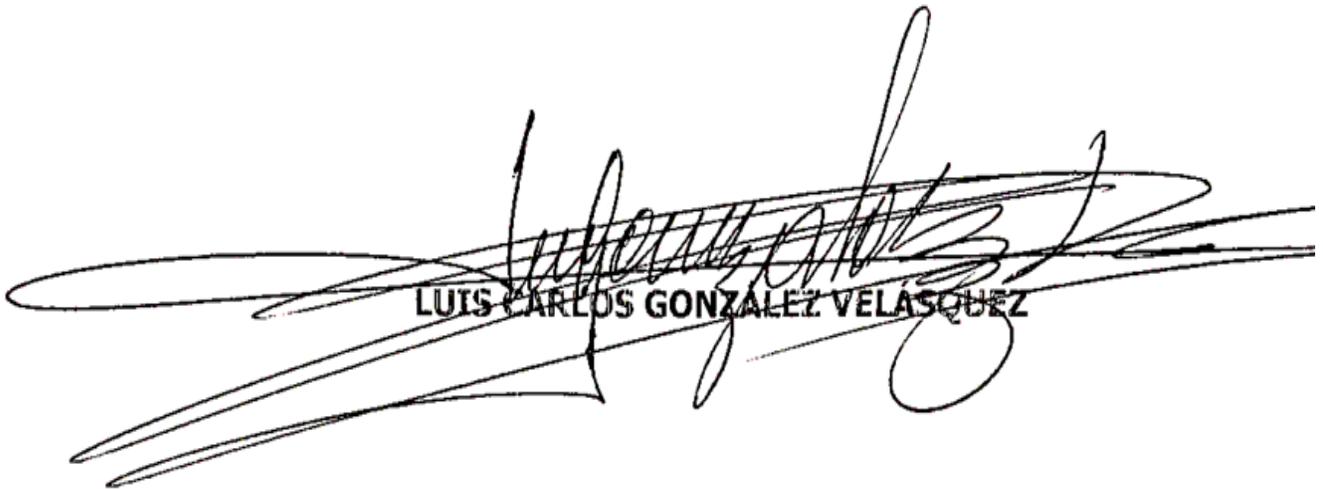
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de julio de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

Notifíquese y Cúmplase


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

EN PERMISO
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 RUBIAN TAPASCO TAPASCO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad. 2019 00358 01. Juz. 13.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veintiuno (2021), 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

RUBIAN TAPASCO TAPASCO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 6 y 7.

- Pensión de vejez bajo la normativa del Acuerdo 049/90 a partir del 18 de junio de 2018.
- Incremento pensional por persona a cargo.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos se describen a fl. 5. Nació el 18 de junio de 1958. Cuenta con 2.035,57 semanas cotizadas al 31 de diciembre de 2018. Comenzó a cotizar al extinto ISS el 25 de octubre de 1976. Al 1 de abril de 1994 contaba con más de 15 años de cotizaciones. Cumplió los 60 años de edad el 18 de junio de 2018. Contrajo matrimonio por el rito católico con MARÍA SUSANA HERRERA HERRERA el 3 de julio de 1982 quien depende económicamente del demandante. Agoto la vía gubernativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad, y corrido el traslado, **La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 40 a 46 contestó de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó su contenido, excepto por el vínculo matrimonial.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones. Llego a la anterior decisión al considerar que a pesar de contar con más de 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994, lo cierto es que en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, el actor no cumplió con los requisitos para acceder a la prestación antes del 31 de diciembre de 2014, además que el actor contaba con una expectativa lo que es diferente a un derecho adquirido.

Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión la **parte actora** interpone recurso de apelación y solicita se revoque la sentencia, expuso que se debe aplicar la condición más beneficiosa y el principio de favorabilidad. Considera que la causación del derecho ocurre cuando se alcanza el tiempo de cotizaciones que prevé la norma, en virtud de lo cual el demandante para el año 2005 ya tenía causado su derecho prestacional.

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

Parte demandante: solicita se revoque el fallo, pues manifiesta que el actor tiene causado el derecho a la pensión de vejez desde el momento mismo en que cumplió las 1000 Semanas de Cotización exigidas por los Artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990, sobre esa base, solo estaba pendiente para consolidar el derecho y hacerlo exigible, al cumplimiento de los sesenta (60) años, que lo fue el día 18 de junio del

año 2.018, el cual cumplió hace más de dos años y la entidad todavía no ha expedido el acto administrativo de reconocimiento pensional.

Parte demandada: ruega se confirme la decisión, manifiesta que pese a que el demandante sea beneficiario del régimen de transición, dichos beneficios fueron otorgados en cuanto a la edad, el tiempo, el número de semanas y el monto pensional en el régimen anterior, sin que se extienda a factores diferentes, el aumento solicitado del 14 % por cónyuge a cargo, no constituye una prestación que se incluya dentro de la pensión de vejez, por tanto, no es procedente reconocerla. De igual forma manifiesta que para reconocer un derecho pensional bajo este régimen, el demandante debió acreditar los requisitos de la norma anterior antes de que feneciera, si bien contaba con el tiempo requerido en el decreto 758 de 1990, no tenía la edad exigible al 31 de diciembre de 2014.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma, conforme se desprende de la resolución SUB 248069 de 19 de septiembre de 2018 (fls. 13 a 17) donde solicitó a Colpensiones el reconocimiento pensional, con lo que se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Pensión de vejez

El actor es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues si bien nació el 18 de junio de 1958 (fl. 32) luego para su entrada en vigencia contaba con 32 años de edad, lo cierto es que al 1 de abril había cotizado más de 816 semanas de conformidad con el reporte de semanas cotizadas en pensiones de Colpensiones (fls. 25 a 30), ante lo cual se deberá verificar si cumple con los requisitos para hacerse acreedor a la pensión consagrada en el Acuerdo 049/90 como se pretende.

Ahora, los requisitos para hacerse acreedor a la pensión consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, eran, tener 60 años de edad y 1000 semanas cotizadas en toda la vida laboral o 500 semanas cotizadas dentro de los 20 anteriores al cumplimiento de la edad, requisitos que en efecto satisfizo el demandante el día **18**

de junio de 2018, fecha en que cumplió los 60 años de edad (fl. 32) y tenía cotizadas **2.009,57** semanas, sin embargo para esa fecha ya había finalizado el régimen de transición, ya que el Congreso de Republica al expedir el Acto Legislativo 01 de 2005, 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 31 de diciembre 2014 siempre y cuando el afiliado hubiere cotizado para la entrada en vigencia de dicha normativa (25/07/2005) por lo menos 750 semanas. Así las cosas, tal como lo estableció el A quo, al demandante no se le puede reconocer la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049/90 por haber cumplido los requisitos para acceder a ella en fecha posterior al límite temporal previsto en el Acto legislativo (31 de diciembre 2014).

No son de recibo los argumentos del apelante, pues la aplicación de condición más beneficiosa en tratándose de pensiones de vejez no aplica, tal como recientemente lo adoctrinó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL382-2021, así:

"Sea lo primero indicar que no erró el Tribunal frente a la aplicación y estudio de las normas en comento para verificar la procedencia o no del reconocimiento de la pensión requerida, si se recuerda que tal derecho debe estudiarse bajo la disposición normativa vigente al momento de su causación, exceptuando aquella situación cuando se acude a la figura de la condición más beneficiosa que, al punto, por tratarse una pensión de vejez, no resulta procedente.

Al respecto esta Sala, recientemente, en la sentencia SL262-2020, así lo recordó:

Según lo dicho, no puede afirmarse que el hecho de cumplir con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le otorga al afiliado un derecho adquirido, dado que esa situación corresponde a una probabilidad cierta pero eventual de consolidar un derecho bajo las condiciones que establezca determinada ley, y siempre que no se produzcan cambios en el sistema.

1. Del principio de la condición más beneficiosa en tratándose de pensiones de vejez.

Sobre el particular cumple memorar que «la condición más beneficiosa, en la forma como lo ha entendido la mayoría de esta Sala, no ha encontrado cabida respecto de la pensión de vejez, pues su alcance y aplicación se ha circunscrito, de manera excepcional, a las pensiones de sobrevivientes y de invalidez» (CSJ SL 34904, 17 oct. 2008, reiterada en decisiones SL834-2013, 13 nov. 2013, rad. 39424 y SL8430-2014, 25 jun. 2014, rad. 58720)."

Frente al argumento de la causación de la prestación únicamente con el cumplimiento del requisito de las semanas, se remite esta Sala a la sentencia SL 7039-2017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en, en la que expone que se hace necesario la satisfacción de la totalidad de los requisitos para la consolidación del derecho, así:

"Es este el sentido natural y obvio que emana de una lectura desprevenida de la norma jurídica, según la cual la adquisición del derecho a la pensión de vejez, está supeditada a la satisfacción de los 2 requisitos allí consagrados, por manera que hasta tanto no los cumpla, no puede decirse que el derecho ha nacido, ni que el cumplimiento de uno de ellos, permite que el afiliado conserve invariable, per secula seculorum, la condición faltante, en los términos en que estaba concebida cuando satisfizo la otra exigencia.

A no ser que la norma legal lo prevea, mientras no se satisfagan los requisitos previstos en la norma legal, el derecho subjetivo no nace a la vida jurídica a favor de una persona en concreto, ni se genera una especie de latencia del mismo que permita atribuir a quien no es aún titular del derecho, algún tipo de prerrogativa especial que le genere la petrificación del requisito que está pendiente de cumplir.

En términos generales puede decirse que el principio de retrospectividad de las normas laborales y de seguridad social impone entender que estando en curso una determinada situación jurídica, la expedición de una norma que modifique los requisitos para la adquisición de un derecho, comporta su aplicación inmediata, de suerte que si no se han satisfecho todos los requisitos, la consolidación del mismo queda subordinada al cumplimiento de las nuevas exigencias derivadas de la vigencia del nuevo precepto legal, toda vez que, en principio, la protección que brinda la Constitución y la Ley, no se extiende a las expectativas creadas a partir de la vigencia de una norma cuyo vigor expiró, sin que la persona terminara de completar los requerimientos previstos.

Por antonomasia, la retrospectividad excluye no solo la retroactividad, sino también la ultractividad, lo que implica que una vez se presente la derogatoria expresa o tácita, la norma pierde su vigencia, con la necesaria incidencia que ello comporta sobre los procesos de adquisición del derecho que se encontraren en curso."

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

COSTAS

Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Las de alzada están a cargo de la demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como costas 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 Trece Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Las de alzada están a cargo del demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
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 ÁLVARO DE JESÚS MACIAS VALENCIA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2019 – 00454 01. Juz. 29.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veinte uno (2021), 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

ÁLVARO DE JESÚS MACIAS VALENCIA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl 47 y 48.

- Nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de facultades ultra y extra petita

Los hechos de la demanda se describen a fls.43 a 47. Nació el 27 de diciembre de 1958. Se afilió al ISS en donde cotizó 644,71 semanas. En 1994 se trasladó a PORVENIR S.A., porque para ese momento se le ofreció pensionarse a cualquier edad, no se le informó sobre las características de cada uno de los regímenes, ni tampoco se le habló de las consecuencias que acarrearía el traslado, solo se le indicaron las ventajas de pertenecer al RAIS más no de sus desventajas y no se le dijo de la oportunidad de regresar al RPM. El 4 de julio de 2019, agoto la vía gubernativa ante Colpensiones y el 31 de mayo del mismo año a Porvenir.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve 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. 76 a 80.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos admitió la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, genérica y prescripción.

AFP PORVENIR S.A. contestó en los términos del escrito visible en fls. 140 a 164.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del actor, el traslado de régimen pensional y la solicitud de nulidad del traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación 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 declarar la ineficacia de la afiliación del actor realizada ante PORVENIR S.A. suscrita el 05 de abril de 1994, ordenó a la AFP a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, por concepto de cotizaciones y rendimientos sin lugar a descuento alguno en los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlos y actualizar la historia laboral. Llegó a esa determinación al considerar que no se probó el cumplimiento al deber de información que está en cabeza de la AFP. Adujó que PORVENIR no ilustró al afiliado sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional. Manifestó que la suscripción del formulario no es suficiente para constatar que MACIAS VALENCIA era conocedor de las condiciones y particularidades que contempla el RAIS, pues tal como lo ha expresado en reiterada jurisprudencia la SL CSJ la firma del formulario no es muestra del consentimiento informado del afiliado.

Recurso de Apelación

La **AFP PORVENIR S.A.**, manifestó que la suscripción del formulario es prueba suficiente de que la afiliación del actor se hizo de forma libre y voluntaria según el art. 3 literal b de la Ley 100/93, que para el momento del traslado el ordenamiento jurídico no determinaba de forma concreta como las AFP debían documentar la asesoría brindada, por cuanto no es dable imponer obligaciones distintas a las contempladas en la ley, adujo que la permanencia por más de veinte años en el RAIS ratificó su decisión de pertenecer a ese régimen pensional. Solicitó se analice el interrogatorio de parte del demandante, como quiera que él manifestó que conocía del funcionamiento del RAIS, circunstancia que no conllevaría a la declaratoria de ineficacia del traslado, figura que tampoco está contemplada dentro de la legislación laboral, pues solo se habla de la sanción consagrada en el art. 271 de la citada ley. Consideró que MACIAS VALENCIA faltó a sus obligaciones como consumidor financiero pues no desconocía las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional. Pidió subsidiariamente y en caso de confirmarse la decisión se revoque la devolución de los gastos de administración y los descuentos por seguros de vejez, invalidez y sobrevivientes, toda vez que se probó que el actor conocía de la destinación de estas deducciones, además de que se estaría desconociendo la gestión de la administradora.

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

Parte demandante, alegó que el traslado de régimen del actor no estuvo precedido de un consentimiento informado, ya que PORVENIR no probó que tipo de

información le entrego en ese momento, tampoco se preocupó en el tiempo de vinculación de informarle al afiliado cuales eran sus expectativas pensionales pues solo lo hizo por iniciativa del demandante. Pide se de aplicación al precedente jurisprudencial (SL 1452/19) en donde se resaltó que el deber de información debe garantizarse sin importar las condiciones del trabajador al momento de querer vincularse con la AFP.

Parte demandada:

La **AFP POVENIR**, manifestó que el traslado efectuado por el actor se hizo de forma libre y voluntaria, decisión que ratificó con la suscripción del formulario. Aclaró que, para el momento del traslado, no existía el deber de buen consejo, por lo que no es dable imponer a las administradoras obligaciones distintas a las consagradas en la ley. Respecto a la devolución de los gastos de administración, no es procedente como quiera que estas sumas tienen una destinación específica por mandato legal y ya no se encuentran en las arcas de la AFP, en consecuencia, solicita se revoque la decisión.

COLPENSIONES, pide ser absuelta de las pretensiones incoadas, ya que el traslado de régimen pensional fue válido, no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento y la AFP logró probar el cumplimiento al deber de información. Recalcó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal contemplada en la Ley 797/03, por lo que al declarar la nulidad del traslado de régimen se atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera que debe garantizarse en el RPM.

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 o ineficacia del traslado de régimen y la devolución de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del escrito que reposa a folios 11 a 18, de fecha 2 de abril de 2019, en la que se solicitó la nulidad del traslado al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentre afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., al cual se trasladó desde el 05 de abril de 1994 (fl 139). En cuanto 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 no se le suministró

información suficiente, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el demandante el 5 de abril de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR (fl.139) con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información completa y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; 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 (SL 2611-2020³), a la cual le corresponde demostrar que le

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

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

³ Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de cambiar de régimen “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.

informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR S.A. entidad que asumió la afiliación del demandante, ya que se limitó a alegar que el traslado de régimen pensional estuvo conforme a la legislación vigente de la época, que el actor tenía la obligación de informarse sobre su situación pensional y que la suscripción del formulario acreditaba la voluntad libre del afiliado; sin embargo estas circunstancias valoradas con el formulario de solicitud de vinculación no demuestran la debida asesoría y el hecho de alegar la existencia de una manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional cuando la persona desconoce la incidencia que tiene en sus derechos prestacionales, ni es aceptable, ni muchos menos se satisface con la expresión genérica del formulario (SL1688-2019). La AFP PORVENIR S.A. no aclaró en que consistió esa información suministrada y si adicionalmente a esa exposición le brindó 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 20 años para alcanzar la edad de pensión, para que de esa manera pudiera escoger el régimen pensional más conveniente.

Es de precisar que la SL CSJ en reiteradas decisiones ha indicado que el deber de información en cabeza de las administradoras siempre ha existido (SL1452-2019)⁵ y

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”

⁴ La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención. En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

⁵ En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

es por esto, que el argumento de la apoderada de PORVENIR sobre el tiempo de permanencia (por más de 20 años) en el RAIS no es suficiente para convalidar su decisión de cambio, pues tal circunstancia no lo hace conocedor de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional, como tampoco el hecho de brindar información sobre las características generales del RAIS, pues esta información sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Para La Sala tampoco es valedero el argumento de Porvenir consistente en que el actor hizo aportes voluntarios a pensión y que con ello se ratifica que este conocía del funcionamiento del RAIS, pues la ineficacia del acto de 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 al demandante entender y prever sus implicaciones, pese a que en el interrogatorio de parte el demandante haya mencionado conocer algunos detalles del régimen, 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. Elsa del Pilar Cuello Calderón.

Frente a la aplicación del art. 271 de la ley 100/93, el cual considera PORVENIR que no es procedente la declaratoria de nulidad del traslado en materia laboral, pues solo se le impone una sanción, es de citar la sentencia SL4360-2019, en la que rememora las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, donde la SLCSJ precisó que: *"La sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia. Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto», por ende, cualquier quebranto al derecho del trabajador a afiliarse libre y voluntariamente a un régimen pensional, se debe sancionar con la ineficacia del acto, y una de las maneras de atentar contra éste derecho es precisamente con la falta de información para entender las consecuencias del traslado.*

En lo que respecta a las faltas al deber del consumidor financiero, lo que La Sala advierte es una falta absoluta a las obligaciones establecidas precisamente por parte de la entidad que alega la revisión de este ítem, pues claramente ha faltado a sus obligaciones especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio ofrecido.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración, es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez de ordenar a la AFP PORVENIR devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como la demandada es la administradora de la cuenta de ahorro individual del demandante, es ella la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual de paso se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera, pues conforme lo expuesto en la SL 2877-2020, éste no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM.

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 AFP PORVENIR S.A. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

DECISIÓN

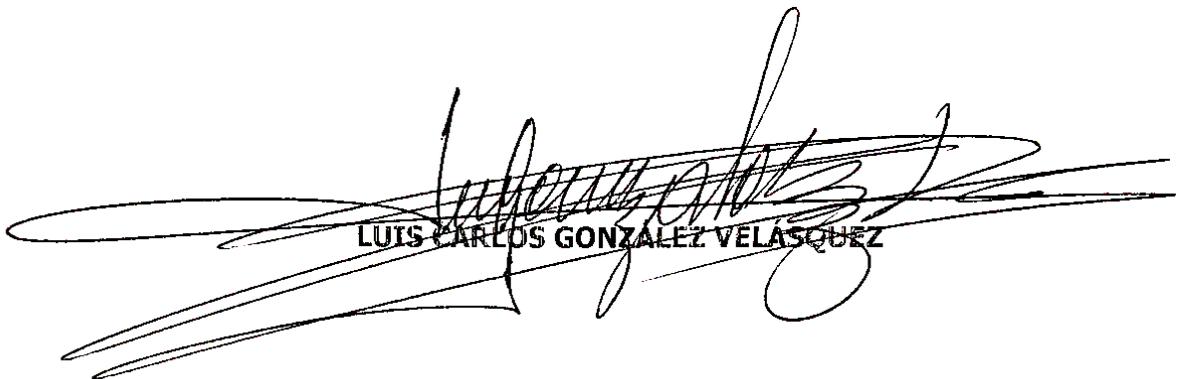
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de agosto 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 AFP PORVENIR S.A. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
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 EDGAR ARTURO PALACIOS RINCÓN
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.
Rad. 2019 – 00434 01. Juz. 31.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veintiuno (2021), 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

EDGAR ARTURO PALACIO RINCÓN demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

- Pensión de vejez régimen de transición Acuerdo 049 de 1990
- Liquidación con los últimos 2 años
- Intereses moratorios.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 2.

Que el señor EDGAR ARTURO PALACIOS RINCÓN ha cotizado a COLPENSIONES desde 1972 hasta la fecha y mediante Resolución 141626 del 29 de julio 2017 le fue negada la pensión de vejez con el argumento de no contar con el número de semanas requerido. Que el demandante contaba con 40 años a la entrada de la vigencia de la Ley 100/93 por lo que tiene derecho a la aplicación del régimen de transición. Afirma que COLPENSIONES no tuvo en cuenta las semanas cotizadas con los empleadores FRANCISCO CUBILLOS y BALDOMERO CORTÉS Y CIA LTDA. con las

que reúne 1213,14 semanas de cotización. Indica que para la vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005 ya contaba con 750 semanas cotizadas.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, COLPENSIONES dio contestación a la demanda en los siguientes términos (fl. 30 a 36).

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la documental aportada
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, no procedencia de la condena en costas, compensación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajustes alguno, buena fe y la genérica

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 26 de septiembre de 2019 en la cual dispuso absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas a la parte actora, dispuso la consulta y concedió la apelación interpuesta por el demandante. Llegó a tal conclusión al analizar la documental aportada conforme a la cual el actor no cumple el requisito para tener derecho al régimen de transición por edad pues para el 1º de abril de 1994 no contaba con 40 años, y tampoco contaba con las 750 semanas ya que según los documentos anexos existían reportes de retiro sin que se hubiera acreditado haber laborado por un periodo mayor al indicado en las historias laborales. Además, no cumplía requisitos para el reconocimiento de la pensión por la Ley 100 de 1993.

Recurso de Apelación

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación alegando que conforme a la documental que obra a folio 17 el actor contaba con 664,71 semanas que deben ser tenidas en cuenta para el efecto.

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

Parte demandante: No se pronunció en este momento procesal.

Parte demandada: Solicita confirmar el fallo proferido en virtud de que el demandante no cumple con los requisitos para pertenecer el régimen de transición ya que no logra acreditar la edad y semanas cotizadas mínimas exigidas.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 7, contentiva de la respuesta a la reclamación administrativa de fecha 29 de julio de 2017 y la Resolución SUB141626 de la misma fecha que niega el reconocimiento de la pensión de vejez (fl. 8 a 9), con el cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen de transición y tiempo de cotizaciones

Para que el actor tenga derecho al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es necesario que cumpla los requisitos allí establecidos. En cuanto a la edad se indica que el actor nació el 14 de septiembre de 1954 por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 39 años 7 meses y 17 días, es decir, que, en efecto no cumplía con el requisito de 40 años, como lo estableció la juez A-quo.

Ahora, en cuanto al requisito establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es haber cotizado 750 semanas al 1º de abril de 1994, indica el recurrente que se debe dar valor probatorio a la documental que se aportó al folio 17, según la cual el ISS señala que al 31 de diciembre de 1993 contaba con 674,71 semanas.

En el recurso se indica que tampoco se contabilizaron 512 semanas cotizadas con el empleador FRANCISCO CUBILLOS que obran a folio 17 del expediente, reporte de afiliación por empresa al 31 de diciembre de 1993 según el cual con el empleador FRANCISCO CUBILLOS M. cotizó desde el 16 de febrero de 1974 al 16 de agosto de 1985; sin embargo, ello contradice el reporte de semanas cotizadas en el periodo 1967 a 1994 visto a folio 63 conforme al cual el actor cotizó con el empleador ya mencionado

entre el 21 de octubre de 1974 y el 22 de mayo de 1980, es decir, que existe una diferencia de 5 años 2 meses y 25 días.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que la parte actora no desconoció el documento así aportado por COLPENSIONES y sobre este periodo no obra en el proceso una prueba que permita aclarar la inconsistencia para tener como cierto que el actor estuvo vinculado con FRANCISCO CUBILLOS M., más allá del 22 de mayo de 1980, prueba que le correspondía allegar, toda vez que debía probar los supuestos de hechos en que funda sus pretensiones.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que con dicha prueba no se acredita el cumplimiento de las 750 semanas requeridas para ser beneficiario del régimen de transición, pues ella acredita 674,71 semanas al 31 de diciembre de 1993 y aunque se sumaran a éstas las semanas con el empleador BALDOMERO CORTÉS que no se tuvieron en cuenta en el resumen de semanas de cotización que obra a folio 55 por el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 1990 y el 28 de agosto de 1991 según el reporte visto a folio 63, que serían 56 semanas, a las cuales habría que sumar las cotizadas con el empleador EPIFANIO BLANCO COTAMO antes del 1º de abril que como se puede observar a folio 57 fueron 90 días, esto es 12,85 semanas, daría como resultado un total de 743,56 es decir, que aun así no cumple el requisito de densidad de semanas de cotización requerido.

Conforme a lo anterior, debió el actor acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para obtener el reconocimiento pensional, los que no se encuentran acreditados en el proceso, pues sumadas las semanas antes mencionadas con las cotizadas posteriormente no logra cumplir las 1300 semanas necesarias para adquirir el derecho y por ello habrá de confirmarse la decisión tomada en primera instancia.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

COSTAS

Se mantiene la condena en costas de primera instancia. Sin lugar a ellas en esta alzada.

DECISIÓN

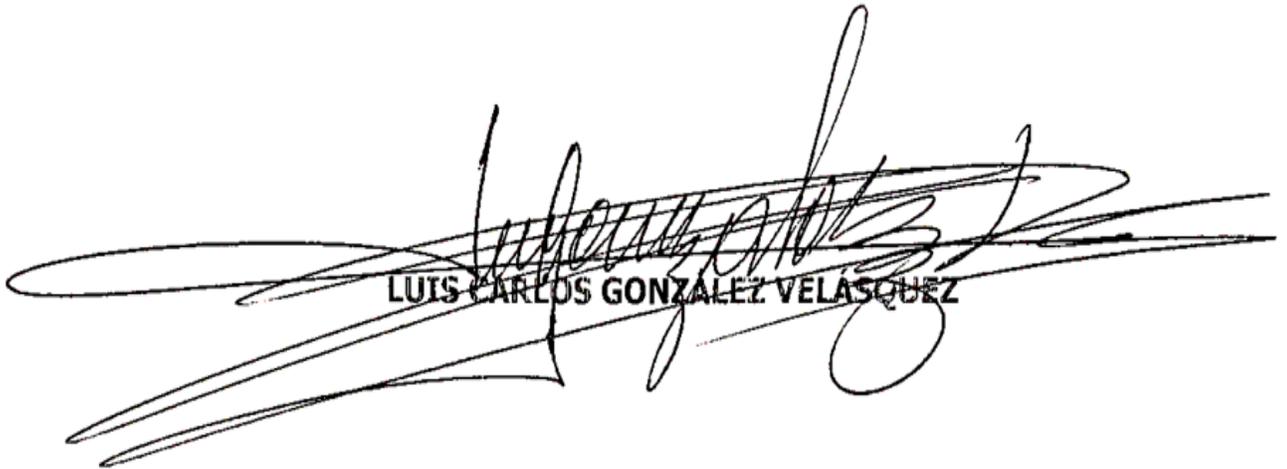
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 26 de septiembre de 2019, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO.- COSTAS: Se confirma la condena en costas de primera instancia. Sin lugar a ellas en esta alzada.

Notifíquese y Cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

EN PERMISO
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 AMAURY ORTEGA PÉREZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00740 01 Juz 02.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veintiuno (2021), 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

AMAURY ORTEGA PÉREZ demandó a la AFP PROTECCIÓN, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 1 a 2.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Reconocimiento de la pensión de vejez.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 7. Nació el 12 de enero de 1961, se afilió al ISS el 7 de junio de 1989 donde cotizó un total de 448.71 semanas. Se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 30 de marzo de 1998 y posteriormente se vinculó con PROTECCIÓN S.A. en el año 2000. Al momento de los traslados efectuados no

le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto. El ingreso base de cotización del señor Amaury Ortega Pérez durante los últimos 10 años asciende a la suma de \$3.657.607. La AFP PROTECCIÓN le indicó que su pensión correspondía al valor de \$737.717, hecho que lo llevo a radicar ante la administradora de pensiones solicitud de nulidad de la afiliación, entidad que dio respuesta negativa, en la cual adujo que se evidenciaba por parte del afiliado la voluntad de permanencia en el fondo. El 12 de octubre de 2017 elevó reclamación ante COLPENSIONES e interpuso petición ante PORVENIR S.A. Mediante respuesta del 6 de septiembre de 2018 le fue negado el requerimiento. En el RPM la mesada pensional correspondería a la suma de \$3.657.607.

Actuación procesal

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 150 a 165.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS el 7 de junio de 1989 donde cotizó un total de 448.71 semanas.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica.

La AFP PROTECCIÓN S.A, contestó como consta a fls. 215 a 237.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del actor, que el demandante se trasladó a Protección el 23 de febrero del 2000, que el 24 de octubre de 2017 radicó petición ante el fondo de pensiones solicitando anular la afiliación la cual fue negada, que han descontado de las cotizaciones efectuados el valor de la comisión de administración y que el señor Amaury Ortega Pérez acredita un total de 1524 semanas cotizadas.

- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional por falta de causa y afectación de los derechos de terceros de buena fe y genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos del escrito visible en fls. 190 a 203.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, que una asesora comercial contactó al actor para ofrecerle los servicios del fondo de pensiones, que se negaron a impartir información del perfil profesional de la promotora que efectuó la afiliación, la vinculación a la entidad desde el 30 de marzo de 1998 y la radicación de solicitud de nulidad de la afiliación la cual fue negada por la entidad.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

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 del demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir de fecha 30 de marzo de 1998. Ordenó a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen. El despacho no concedió la pensión de vejez solicitada por cuanto el demandante pese a tener más del número de semanas exigidas, no cumple con el requisito de la edad establecido en la ley 100 de 1993, toda vez que los 62 años de edad los cumplirá el 12 de enero de 2023. Tampoco acreditó tener el derecho pensional según el acuerdo 049 de 1990.

Recurso de apelación

LA AFP Protección considera que no es procedente la condena del traslado de los valores por concepto de gastos de administración a Colpensiones, pues constituiría un enriquecimiento sin justa causa en favor de dicha entidad. Considera que es una imposibilidad la restitución de las sumas por prima de seguros, toda vez que hay un contrato suscrito con una aseguradora, la cual ha cumplido con sus obligaciones y es un tercero de buena fe. Con respecto al 3% para financiar las primas de seguro previsional, indica que opera la prescripción conforme a los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S.

COLPENSIONES no está de acuerdo con el fallo en la medida que al demandante no le asiste derecho a la declaración de nulidad e ineficacia del traslado, toda vez que se encuentra inmerso en la prohibición legal prevista en la ley 100 de 1993, no es beneficiario del régimen de transición para efectuar dichos traslados en cualquier tiempo y tampoco tenía una expectativa legítima pensional. Señala que la AFP no se le debe imponer una carga probatoria que no era exigida en la época del traslado. Afirmar que no están configurados los presupuestos de la sentencia SU-2010 para declarar la nulidad. Manifiesta que las sucesivas ineficacias de traslado decretadas provocan la descapitalización del sistema general de pensiones y coloca en riesgo el derecho pensional de los demás afiliados.

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

Parte demandante: solicita se confirme la sentencia. Manifiesta que el traslado se efectuó sin el lleno de los requisitos mínimos y en ausencia total del deber de información, lo que impidió al demandante tomar una decisión informada, generándose la invalidación de la afiliación.

Parte demandada

COLPENSIONES: requiere se revoque la decisión. No es procedente el regreso al RPM debido a que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la ley 797 de 2003. Además, advierte que resulta desproporcional, colocar la carga de la prueba en las AFP, máxime cuando la

afiliación se dio hace más de 21 años, siendo imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado. Solicita se releve de la condena en costas a Colpensiones, ya que la decisión judicial se funda en una acción desplegada por un tercero ajeno a la entidad.

AFP PORVENIR: ruega se revoque la providencia. Considera que el traslado reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían a la AFP en materia de información. En lo que corresponde a la restitución de los conceptos de primas de los seguros previsionales, señala que no puede desconocerse que dichos conceptos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató para financiar los riesgos de invalidez y sobrevivencia, pues la cobertura de la compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo, por ser material y jurídicamente imposible.

PROTECCIÓN S.A.: Manifiesta que es improcedente la declaratoria de nulidad del traslado, toda vez que las actuaciones de Protección siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas a la AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria. Señala que el demandante tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al RPM sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo. Frente a la eventual condena a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor más los rendimientos financieros generados, considera que se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

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 o ineficacia del traslado de régimen, la devolución de los gastos de administración incluidas las sumas pagadas por prima de seguros.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 12 de octubre de 2017 (fl. 46 y 47), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 30 de marzo de 1998, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir, según formulario que reposa a folio 205. Efectuó posteriormente afiliación a Protección S.A. el 23 de febrero del 2000.

Validez del traslado de régimen

En cuanto 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 no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien el actor el 30 de marzo de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 205), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

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

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

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;*
- 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.

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

Cuando el consentimiento informado no consiste en una asesoría detallada, suficiente, oportuna y veraz sobre las implicaciones del traslado, los beneficios, desventajas de pertenecer a uno u otro régimen que garantice un total entendimiento de sus efectos desde la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional (CSJ, 31.989 de 2008)³, de tal forma que el traslado de régimen que se haga sin el suministro de información suficiente por parte de la AFP sobre aspectos relevantes relativos a las implicaciones en el derecho pensional, constituye un engaño para el afiliado que vicia el consentimiento y torna ineficaz el traslado. Sobre la calidad de la información que debe brindarse por las administradoras, la misma debe manejarse con prudencia tanto frente a lo que se dice como a lo que no, toda vez que el deber de “buen consejo” que se le exige a la administradora de pensiones, implica que deben hacer una ilustración suficiente al afiliado, que le permita conocer las diferentes alternativas, una proyección del monto de la pensión, si existe alguna diferencia en el pago de los aportes, las implicaciones,

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

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

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

beneficios y desventajas, aun cuando dicha información conlleve a que el involucrado desista de su decisión por motivos de conveniencia. (SL 12136- 2014). Conforme a lo anterior, la AFP Protección no acreditó haber brindado al actor un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019).

Es de advertir que 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, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón¹, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*".

"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"

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la AFP Protección, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”*; en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Protección a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Dadas las consideraciones expuestas, la sala advierte que no acoge los argumentos formulados por Protección S.A. en cuanto a que la prima previsional está sujeta a la prescripción consignada en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S., toda vez que el pago de la prima de seguro previsional se realiza con cargo a los aportes efectuados por el afiliado, que espera recibir como contraprestación el pago de la suma adicional, para que así se pueda financiar su pensión. Contrario a lo afirmado por la administradora de pensiones, los seguros previsionales no pueden someterse a la prescripción de las acciones laborales, ya que haría nugatorio el derecho pensional que es de carácter imprescriptible.

Bajo los anteriores razonamientos se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones y Protección S.A. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de septiembre 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. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
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 CLAUDIA MARCELLA MORALES MORALES CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00646 01 Juz 03.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veintiuno (2021), 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

CLAUDIA MARCELLA MORALES MORALES demandó a la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 61.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 67 a 69. Nació el 18 de octubre de 1962, se afilió al ISS el 10 de mayo de 1995. Se trasladó a DAVIVIR, (hoy AFP PROTECCIÓN) el 12 de junio de 1997. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las

condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. La AFP no desalentó a la demandante en continuar vinculada al RAIS. La demandante cotizó a CAJANAL durante 6 años y 7 meses, entidad con la cual tiene un bono pensional que equivale a 330 semanas más. El monto de la pensión en el RPM ascendería la suma de \$1.542.000. Elevó derecho de petición ante Colpensiones el 15 de mayo del 2018, entidad que mediante oficio dijo que no era procedente su solicitud de nulidad de traslado.

Actuación Procesal

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 108 a 113.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; las cotizaciones al ISS desde el 1 de enero de 1995, se afilió a DAVIVIR para el 12 de junio de 1997, el traslado efectuado a DAVIVIR en junio de 1997, la afiliación actual al RAIS mediante la AFP PROTECCIÓN y reclamación administrativa ante COLPENSIONES, la cual fue negada.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y declaratoria de otras excepciones.

LA AFP PROTECCIÓN contestó en los términos del escrito visible a folios 136 a 142.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; la afiliación a DAVIVIR el 12 de junio de 1997. Actualmente está afiliada al RAIS mediante PROTECCIÓN S.A. La actora tiene su cuenta de ahorro individual desde el 12 de junio de 1997 y la densidad actual de semanas.
- Formuló como excepciones de mérito; la declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a Davivir, buena fe

por parte de Davivir, hoy Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional por falta de causa y afectación a derechos de terceros de buena fe, prescripción y genérica.

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 de la demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., de fecha 12 de junio de 1997. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP PROTECCIÓN no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

La demandada COLPENSIONES alega que el criterio unificado de la Corte Suprema de Justicia va en contravía con la postura de la Corte Constitucional, órgano que si tuvo en cuenta el principio de sostenibilidad financiera al limitar la declaratoria de nulidad solo para los beneficiarios del régimen de transición. Entre lo emitido por un tribunal supremo y la Corte Constitucional debe tener prevalencia el de esta última. Respecto a que la AFP no probó el deber de información, señala que no es que la entidad no haya allegado prueba alguna de la asesoría, sino que el despacho no le dio valor probatorio al interrogatorio del representante legal y la solicitud de afiliación firmada por la demandante. Manifiesta que se está causando un daño irremediable a Colpensiones, toda vez que la orden de la devolución de los dineros no es indexada, y se causa un detrimento financiero por la pérdida de valor adquisitivo de la moneda que no debe soportar la entidad por ser un tercero de buena fe.

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

Parte demandante: solicita se confirme el fallo. Manifiesta que Protección debe devolver los rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante para su retorno al RPM, independientemente de lo alegado por Colpensiones de la supuesta descapitalización de la entidad, argumento que no se ajusta a lo declarado a favor de la actora en primera instancia. En juicio quedó demostrado que la AFP incumplió con el deber de información y no allegó prueba que demostrara lo contrario.

Parte demandada

COLPENSIONES: solicita se revoque la decisión, toda vez que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y por lo tanto no es aceptable su retorno en cualquier tiempo al RPM, además de encontrarse inmersa en la prohibición legal, ya que le faltan menos de diez años para adquirir su derecho pensional. Considera que la accionante no se preocupó por solicitar la información plena, lo que aunado al lapso que la misma se ha mantenido en el RAIS se infiere que conocía y aceptaba todas las características que el régimen le proporcionaba. De igual forma indica que esta decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

AFP PROTECCIÓN: guardó silencio en esta etapa procesal.

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 o ineficacia del traslado de régimen y el traslado del capital acumulado junto con los gastos de administración y la estabilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 15 de mayo de 2018 (fls. 44 a 45), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 12 de junio de 1997, cuando solicitó su vinculación a la AFP DAVIVIR (hoy Protección S.A.), según formulario que reposa a folio 143.

En cuanto 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 no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 12 de junio de 1997 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP DAVIVIR (hoy Protección S.A.) (fl. 143), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

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

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

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

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

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. 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 que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se 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 RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se 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

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

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

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

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

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. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Sin embargo, la AFP PROTECCIÓN no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen. En el interrogatorio de parte rendido por el representante legal no se evidencia el cumplimiento del deber legal de información por parte de Protección S.A., pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación (fl. 143) consignada con la firma de la demandante, no es prueba suficiente para probar un consentimiento debidamente informado. Además, tampoco fue realizada una proyección de su mesada pensional o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

En cuanto a lo manifestado por el apoderado de Colpensiones frente a que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no debe tener mayor

³ *“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”

acogida por la Jurisdicción Ordinaria Laboral, ya que el prevalente es el de la Corte Constitucional. La Sala advierte que no comparte dicho argumento y para su fundamento se hace referencia a la sentencia C-836 de 2001 del órgano Constitucional que expone lo siguiente:

*"La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular. Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute **probable**"*

Lo anterior quiere decir que el fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley como objetivo y límite de la actividad estatal suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces.

Respecto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias, como la SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo: [...]

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

[...]

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

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

Así mismo, al ordenarse a los fondos pensionales del RAIS devuelvan los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, con cargo de las propias utilidades, con lo que asumen el deterioro sufrido por el bien administrado, se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020) como quiera que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por lo que no resulta viable la indexación de las sumas que se trasladaran a COLPENSIONES.

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 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 Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de agosto 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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
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 CONSUELO VELASCO BARRIGA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Rad. 2018 00539 01 Juz 08.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veintiuno (2021), 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 CONSUELO VELASCO BARRIGA demandó a la AFP PROTECCIÓN, PORVENIR, OLD MUTUAL y COLPENSIONES, 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.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 5. Nació el 16 de mayo de 1958, cotizó a Colpensiones hasta el día 31 de enero de 1995, se trasladó el 29 de septiembre de 1998 al fondo de pensiones COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN sin que se le hubiera dado información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de los sistemas pensionales, así como tampoco fue analizada su situación particular. Manifiesta que al momento del traslado no le

informaron acerca de las consecuencias, ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional. Elevó petición ante Colpensiones donde solicitó la nulidad de los traslados efectuados, petición que no ha recibido respuesta alguna de la demandada. Señala que conforme la proyección que le hizo Old Mutual su mesada para el año 2018 equivale a la suma de \$1.312.000, valor visiblemente inferior al que devengaría en el RPM.

Actuación procesal

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 162 a 169.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que se encuentra afiliada al RAIS y la reclamación administrativa ante esta entidad.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y declaratoria de otras excepciones.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL, en los términos del escrito visible a fls. 80 a 103.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó que la demandante suscribió formulario de afiliación con SKANDIA el día 28 de abril de 2008, que la señora Velasco Barriga a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones contaba con más de 55 años de edad y que los mismos fueron cumplidos el 18 de mayo de 2013.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

La **AFP Porvenir** contestó en los términos del escrito visible a fls. 143 a 150.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante.
- Propuso como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó en los términos del escrito visible a fls. 184 a 197.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó que la demandante efectuó traslado del ISS al fondo de pensiones COLMENA S.A. el día 29 de septiembre de 1998, que la señora María Consuelo Velasco Barriga se trasladó de la AFP COLMENA S.A. a PORVENIR S.A. el 28 de octubre de 2001, que posteriormente se afilió a PROTECCIÓN S.A. el 9 de agosto de 2005 y a la AFP SANTANDER S.A. el 14 de septiembre de 2007, la fecha de nacimiento de la demandante y que al 1 de abril de 1994 contaba con mas de 55 años de edad los cuales cumplió el 18 de mayo de 2013.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado al régimen, traslado de la totalidad de los aportes y genérica.

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 de la demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Protección de fecha del 29 de septiembre de 1998. Ordenó a Old Mutual trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlos. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que Protección S.A no cumplió con el deber de información y del buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento

del traslado de régimen, situación que invalida la afiliación efectuada por la demandante a la AFP al no haber un consentimiento informado en dicho acto jurídico.

Recurso de apelación

La AFP Old Mutual alegó que es un tercero ajeno y de buena fe debido a que el traslado inicial de régimen pensional fue a través de Colmena, hoy Protección. Afirma que la demandante contó con información suficiente y necesaria para construir una decisión informada. Considera que la devolución de los valores por gastos de administración constituye un enriquecimiento sin justa causa y pago de lo no debido a favor de Colpensiones. Solicita se revoque el fallo en su integridad.

La demandada COLPENSIONES alegó que la declaración de nulidad del traslado es injustificada, toda vez que las administradoras cumplieron con el deber de información y que no se les puede exigir la carga de demostrar con otros medios de prueba distintos a la suscripción del formulario, pues era la única exigencia de la época para dar trámite a la afiliación. Manifiesta que los errores de derecho no constituyen ningún vicio del consentimiento. Ruega se revoque en su totalidad la sentencia.

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

Parte demandante: solicita se confirme la sentencia, pues manifiesta que es procedente la declaración de nulidad e ineficacia del traslado debido a que la AFP Colmena S.A, hoy Protección no le brindó a la demandante información completa, veraz y oportuna en la etapa precontractual de la afiliación. Así mismo solicita se declare la nulidad de los traslados efectuados los días 28 de octubre de 2001, 9 de agosto de 2005, 14 de septiembre de 2007 y 28 de abril de 2008 con las AFP Porvenir S.A, Santander, hoy Protección S.A., Porvenir y Skandia, hoy Old Mutual respectivamente. Afirma que las administradoras incurrieron en un engaño por omisión al no informar a la accionante acerca de la pérdida de los beneficios en el RPM y que no cumplieron con la carga de demostrar que brindaron la debida asesoría, toda vez que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información.

Parte demandada

AFP OLD MUTUAL: solicita se revoque el fallo, toda vez que la entidad cumplió con su deber para la fecha de traslado. Respecto a la devolución de los gastos de administración, manifiesta que atenta contra el patrimonio de la administradora, ya que estos valores son una retribución al servicio prestado durante la afiliación. Así mismo, en lo que corresponde al porcentaje de los aportes a los seguros de invalidez y sobrevivencia, afirma que esos dineros fueron trasladados a las aseguradoras contratadas y que ya se dio la cobertura a la accionante, por lo que resulta improcedente la restitución de dichos montos.

COLPENSIONES: requiere se revoque la decisión, pues considera que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación de la demandante a las AFP Porvenir, Protección y Old Mutual, toda vez que el traslado efectuado del RPM al RAIS lo llevó a cabo de forma libre y voluntaria, por tanto, no hay vicio del consentimiento en el acto jurídico.

PORVENIR S.A.: ruega se revoque la providencia, toda vez que la AFP brindó la asesoría conforme a la normatividad vigente de la época del traslado. Igualmente, de la realización de proyecciones o estudios previos, resalta que para el momento de la afiliación no era factible realizar estimación del monto pensional, debido a que en el RAIS se depende de variables como el rendimiento financiero del fondo. Indica que respecto a la devolución de los gastos de administración, la superintendencia financiera ha manifestado la improcedencia de trasladar los valores por concepto de primas de seguro previsional.

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 o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 18 de enero de 2018 (fl. 19), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 29 de septiembre de 1998, cuando solicitó su vinculación a la AFP Colmena (hoy AFP Protección), según formulario que reposa a folio 13.

Validez del traslado de régimen

En cuanto 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 no le suministró información completa, veraz y suficiente sobre el régimen que más le convenía de acuerdo con su situación particular, hecho que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 29 de septiembre de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN (fl. 13), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

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

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

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

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. 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, es que la AFP suministre para el momento del traslado información veraz y oportuna, en la cual se dejen claras las consecuencias de esa decisión, independientemente de la suscripción de la afiliación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen del que dependerá el futuro pensional de una persona al momento del cese de su vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios así como los riesgos que implica su decisión, deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el afiliado, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las consecuencias 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 todas y cada una de las características del régimen pensional así

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

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

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

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

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

como el comparativo entre uno y otro y la proyección del monto de la pensión, 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. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP Protección entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, puesto que allegó el formulario de afiliación diligenciado por la actora, pretendiendo que la simple consigna de su firma en el documento referido es una prueba suficiente de la voluntad y consentimiento debidamente informado de la señora María Consuelo Velasco, quien tomó la decisión de manera libre y voluntaria previa asesoría del fondo de pensiones donde le suministraron la información acerca de las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, así como las consecuencias del traslado y el estudio diligente de su situación particular. Sin embargo, PROTECCIÓN no acreditó haber otorgado información completa frente a las ventajas y desventajas, así como las implicaciones del cambio de régimen, además no realizó una proyección del posible monto de su pensión para que así la potencial afiliada analizara claramente el panorama de su expectativa pensional que la llevara a tomar la mejor decisión.

La AFP OLD MUTUAL afirmó que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692/94, sin embargo, no cumplió con la carga de demostrar dichas afirmaciones con medio probatorio distinto al formulario de afiliación. Carencias que

³ *“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”

tampoco se subsanan por el hecho de que la actora reconociera que Old Mutual le informó algunas de las características del régimen de ahorro individual, pues tal información resulta inútil al no contextualizar a la actora debido a que no hubo especificidad, solo generalidades imprecisas, máxime cuando no hay distinción alguna entre la información que se le debe brindar a una persona experta o una leiga, por lo que el deber sigue siendo el mismo para la AFP, y es permitir despejar cada duda que pueda surgir en el panorama del que recibe la asesoría, además la ausencia de una proyección del monto de la pensión previo al traslado resulta fraudulento, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual cambiaría el rumbo de la decisión al momento de afiliarse al RAIS.

Ahora, es de precisar que si bien la AFP Old Mutual no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen pensional que efectuó la actora el 29 de septiembre de 1998, presupuesto bajo el cual manifiesta que es un tercero ajeno y de buena fe en el presente litigio, pues como ya se dijo en esa época el traslado se efectuó con la AFP Colmena (fl 3), y era a esta entidad a la que le asistía la carga de probar que suministro información veraz y suficiente, como la ineficacia del acto inicial afecta todas las posibles y sucesivas afiliaciones, Old Mutual debe asumir la responsabilidad de no haber verificado la legitimidad del traslado inicial, lo cual no obsta para que pueda repetir contra Protección pues como ya se indicó fue allí donde se materializó y generó la nulidad del traslado de régimen.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la AFP Protección, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”*, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Old Mutual a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como

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

Colpensiones pretende endilgar la responsabilidad a la actora debido a los reiterados traslados horizontales efectuados que evidencian su intención y conformidad de permanecer en el régimen y manifiesta que el desconocimiento o ignorancia de las exigencias normativas por parte de la demandante no debe recaer en las AFP, ya que ellas cumplieron a cabalidad con brindar la información precisa y necesaria para la toma de una decisión informada. Sin embargo, tal argumento no sirve de excusa para pasar por alto el deber de información el cual siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que el argumento de traslado entre administradoras del mismo régimen no procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión de cambio de régimen pensional.

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. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

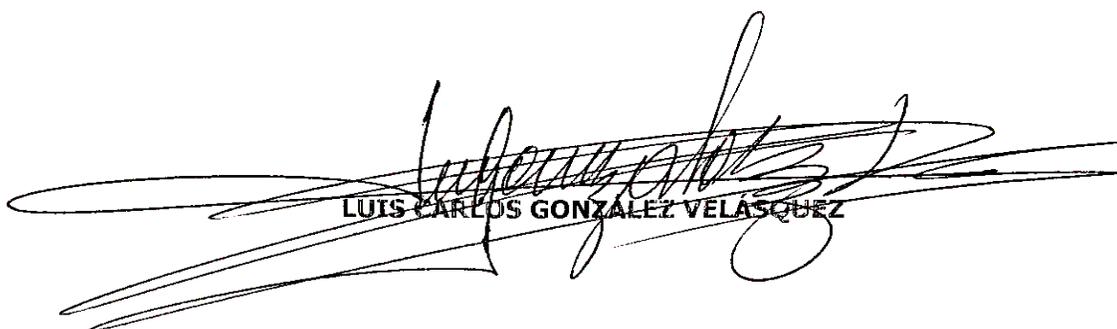
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de julio 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. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)

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 MARTHA NELLY MEDINA SERRATO CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00431 01 Juz 08.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veintiuno (2021), 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

MARTHA NELLY MEDINA SERRATO demandó a la AFP PROTECCIÓN, PORVENIR S.A, AFP OLD MUTUAL y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 a 7.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 6. Se afilió al sistema general en pensiones el 4 de febrero de 1987. Efectuó su vinculación al RAIS mediante Protección S.A. el 1 de julio de 2002. Al momento del traslado no le fue entregada a la demandada información objetiva y verificable que le permitiera tomar la mejor

decisión. Suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A. en marzo de 2006. Posteriormente se trasladó a la AFP Old Mutual el 30 de septiembre de 2010, el cual es su fondo actual de pensiones. Elevó solicitud de nulidad de traslado ante Colpensiones y Old Mutual, peticiones que fueron negadas.

Actuación Procesal

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

LA AFP SKANDIA S.A contestó en los términos del escrito visibles a folios 256 a 267.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación al sistema general de pensiones el 4 de febrero de 1987, petición sobre el estado de cuenta y reportes de semanas, la solicitud de nulidad de traslado, la cual fue negada y su afiliación actual a la AFP Old Mutual.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó en los términos del escrito visibles a folios 293 a 302.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó que solicitó copias de los documentos que reposaban de la fecha del traslado, la solicitud de nulidad de traslado la cual fue negada, Colpensiones no ha aceptado el traslado y no se ha realizado anulación de la afiliación al RAIS.
- Formuló como excepciones de mérito la validez de la afiliación a Protección S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y genérica.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visibles a folios 321 a 328.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación al ISS desde el 4 de septiembre de 1987.
- Propuso como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y genérica.

La AFP PORVENIR S.A. contestó en los términos del escrito visible a folios 345 a 359.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

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 de la demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP PROTECCIÓN, de fecha 1 de julio de 2002. Ordenó a OLD MUTUAL S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP PROTECCIÓN no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

COLPENSIONES alega que para la época del traslado la normatividad no exigía nada más que la suscripción del formulario que evidenciaba el consentimiento y autonomía de la voluntad del afiliado al efectuar el traslado. Manifiesta que exigirle a la AFP un medio probatorio distinto a la solicitud de afiliación, resulta imposible, toda vez que la asesoría en esa época no era documentada. Indica que la inconformidad de la demandante por su permanencia en el RAIS se limita al monto de su mesada pensional. Afirma que en este caso no se causó un perjuicio irremediable a la accionante, pues no es beneficiaria del régimen de transición y por tanto resulta improcedente la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado.

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

Parte demandante: ruega se confirme la sentencia. Quedo demostrado que las AFP no brindaron información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta a la demandante, respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS y los beneficios, así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el RPM. Se verificó que con Old Mutual la mesada pensional sería de un salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en Colpensiones recibiría una mesada promedio de \$2.437.676, diferencia está que denota el daño injustificado.

Parte demandada

PORVENIR S.A.: Manifiesta que se debe revocar la decisión, debido a que no están probados los presupuestos legales para declarar la nulidad e ineficacia del traslado, pues el formulario de afiliación suscrito por la demandante se presume auténtico, esto demuestra que la selección fue libre, espontánea y sin presiones. Además, indica que la Superintendencia Financiera de Colombia ha dicho de forma expresa que las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual pactado.

COLPENSIONES: Considera no es procedente el traslado de régimen solicitado por la parte actora debido a que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro la información veraz y completa al momento de la afiliación, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando. Resalta que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso.

SKANDIA S.A.: solicita se revoque la decisión, toda vez que el fondo de pensiones actuó de buena fe dentro de la relación contractual con la demandante y administro

en forma correcta la cuenta de ahorro individual. Afirma que está acreditado con las pruebas documentales aportadas, que Skandia cumplió con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales, por lo que no resulta procedente reintegrar la comisión de administración cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la actora cumplieron con cada una de ellas.

AFP PROTECCIÓN: guardó silencio en esta etapa

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 o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 26 de febrero de 2019 (fl. 71), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional 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, desde el 1 de julio de 2002, cuando solicitó su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, según formulario que reposa a folio 57; régimen en el cual permanece dada la afiliación el 30 de septiembre de 2010 con la AFP SKANDIA (hoy Old Mutual), conforme a la solicitud de afiliación que obra a fl. 270.

Validez del traslado de régimen

En cuanto 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 no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 1 de julio de 2002 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PROTECCIÓN (fl. 57), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. 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 que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se 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 RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se 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. 31.989³, para lo cual, no es necesario

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

³ *"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

demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento. Nada de lo anterior demostró la AFP PROTECCIÓN, entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, y que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. Ninguna de las AFP acreditó haber expuesto 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. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

De otra parte, es de advertir que 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 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 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido,

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"

⁴ *" 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).

pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

No resulta valedero el argumento de COLPENSIONES según el cual la actora no puede retornar al RPM por estar inmersa en la prohibición prevista en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, 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 SL 12136 de 2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵.

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 COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

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

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

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

(...)

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

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 Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de julio 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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
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 CARLOS ARTURO DEVIA VEGA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Rad. 2018 00633 01 Juz 33.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veintiuno (2021), 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

CARLOS ARTURO DEVIA VEGA demandó a la AFP COLFONDOS Y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 a 7.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 6. Nació el 31 de mayo de 1965. Cotizó a Colpensiones hasta el 11 de diciembre de 2001 reuniendo un total de 659 semanas. Se trasladó el 1 de febrero de 2002 a la AFP COLFONDOS sin que se le hubiera dado información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de los sistemas pensionales, así como tampoco fue analizada su situación particular. Manifiesta que al momento del traslado no le informaron acerca de los requisitos para obtener la pensión y el valor de la mesada pensional, así como tampoco se adelantó un paralelo de favorabilidad y desventaja con respecto a las

diferencias entre un régimen y otro. Elevó petición ante Colpensiones y Colfondos donde solicitó la nulidad del traslado efectuado, petición que solo ha recibido respuesta de Colfondos que indica el reconocimiento de su mesada pensional a partir del 5 de junio de 2018 correspondiente a la suma de \$ 781.242 y que según comparativo realizado en el RPM correspondería a \$ 4.293.712 con una tasa de reemplazo del 75% evidenciándose una ostensible diferencia económica.

Actuación procesal

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
en los términos del escrito visible en folios 104 a 112.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó que el demandante inicio su vida laboral el 11 de febrero de 1985, fecha en la cual también empezó a cotizar al ISS, hoy Colpensiones y que estuvo afiliado hasta el 11 de diciembre de 2001, que contaba para la fecha con 656 semanas cotizadas, que el traslado se efectuó el 1 de febrero de 2002, que radicó petición ante la entidad y que en la actualidad tiene un salario de \$ 5.724.950.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica.

La AFP COLFONDOS S.A. contestó en los términos del escrito visible a fls. 128 a 154.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó que es cierto que el demandante tiene 53 años de edad, que no realizó paralelo frente a las mesadas pensionales entre los dos regímenes, que no fue hecha la proyección del monto de la pensión al momento del traslado, que el señor Devia Vega no ha hecho solicitud de traslado a otro

fondo o régimen pensional y que interpuso derecho de petición ante la administradora.

- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y genérica.

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 del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Colfondos de fecha del 11 de diciembre de 2001. Ordenó a Colfondos trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlos. A su vez ordenó a Colpensiones y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica adelantar las gestiones necesarias para determinar el impacto que conllevaría la decisión en el RPM a efectos de evitar deterioro en su estabilidad financiera, como también ordenó a Colfondos pagar las diferencias que pudiesen resultar de lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que Colfondos S.A. no cumplió con el deber de información y del buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen, situación que invalida la afiliación efectuada por el demandante a la AFP al no haber un consentimiento debidamente informado en dicho acto jurídico.

Recurso de apelación

La AFP COLFONDOS alegó que el demandante no goza de beneficio de transición ni tenía expectativa legítima alguna por lo que no se evidencia vulneración de sus derechos pensionales. Adicional a esto, manifiesta que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen pensional, toda vez que le faltan menos de diez años para acceder a su pensión. Indica que no se evidencia prueba del supuesto engaño de la administradora, así como tampoco vicio en el consentimiento, ya que la suscripción del formulario de afiliación demuestra manifestación expresa de la voluntad. Solicita se revoque la decisión y se absuelva a la entidad de las condenas en su contra.

COLPENSIONES se opone al fallo, pues considera que pese a no haber condena en su contra, no está de acuerdo con lo ordenado respecto a calcular el detrimento financiero que conllevaría esta decisión, debido a que son proyecciones que solo se pueden realizar hacia el futuro, por lo que tampoco se puede prever si el ahorro realizado por el demandante en el RAIS es suficiente para cubrir la prestación en el régimen de prima media. Afirma que el demandante no está en una situación que ponga en peligro su acceso a la pensión, así como tampoco está próximo a cumplir los requisitos para causar su derecho y por lo tanto el actor debe demostrar la nulidad de su afiliación y no solamente dejar en cabeza del fondo privado la carga de la prueba. Solicita se revoque la sentencia en su integridad.

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

Parte demandante: guardó silencio en esta etapa procesal.

Parte demandada

COLFONDOS S.A.: solicita se revoque el fallo, toda vez que considera injustificada la declaración de nulidad de traslado debido a que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y por lo tanto no tiene derecho a trasladarse al RPM en cualquier tiempo. A su vez indica que el accionante le faltan menos de diez años para pensionarse, encontrándose en la prohibición legal. Manifiesta que no existe prueba de vicio del consentimiento y que la jurisprudencia actual de la CSJ no puede ser aplicada al caso en razón a que no eran exigencias de la época en que se dio el traslado. De igual forma alega la prescripción de la acción pretendida.

COLPENSIONES: requiere se revoque la decisión, pues considera que el accionante no puede regresar al RPM en cualquier tiempo porque no goza del beneficio de la transición. Manifiesta que el acto jurídico no adolece de nulidad por tanto es válido y que la carga de la prueba no recae solo en cabeza del fondo de pensiones, comoquiera que también le incumbe al actor probar la supuesta falta del deber de información. Afirma que el regreso del demandante al RPM coloca en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema. A su vez propone la prescripción y caducidad de la acción según los artículos 488 y 151 del C.P.T.S.S y el artículo 1750 del código civil.

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 o ineficacia del traslado de régimen y el traslado del capital acumulado junto con los rendimientos, de acceder a esta pretensión si resulta viable el reconocimiento pensional en los términos solicitados.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 17 de agosto de 2018 (fl. 38), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 11 de diciembre de 2001, cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos, según formulario que reposa a folio 155.

Validez del traslado de régimen

En cuanto 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 no le suministró información completa, veraz y suficiente sobre el régimen que más le convenía de acuerdo con su situación particular, hecho que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien el actor el 11 de diciembre de 2001 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS (fl. 155), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para

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

aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. 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, es que la AFP suministre para el momento del traslado información veraz y oportuna, en la cual se dejen claras las consecuencias de esa decisión, independientemente de la suscripción de la afiliación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen del que dependerá el futuro pensional de una persona al momento del cese de su vida

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

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

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

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

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

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

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

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

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

laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios así como los riesgos que implica su decisión, deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el afiliado, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las consecuencias 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 todas y cada una de las características del régimen pensional así como el comparativo entre uno u otro y la proyección del monto de la pensión, 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. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia.

Es de advertir que 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, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón¹, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no

³ "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"

con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*".

Ahora bien, la AFP COLFONDOS entidad que asumió la afiliación que hizo el demandante, no demostró haber brindado información completa frente a las ventajas y desventajas, así como las implicaciones del cambio de régimen, además no realizó una proyección del posible monto de su pensión, hecho que además fue aceptado por la administradora en la contestación de la demanda, situación que impidió al accionante analizar el panorama de su expectativa pensional que lo llevara a tomar la mejor decisión. Pretenden evadir la carga probatoria que les corresponde, en cabeza del demandante al suponer que la simple suscripción del formulario de afiliación demuestra plena manifestación de la voluntad, libre de vicio del consentimiento, situación que en reiterada jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia ha expresado que la simple consigna de la firma del afiliado en esta solicitud de vinculación no prueba el consentimiento informado, ya que se evidencia la ineficiente asesoría otorgada al demandante durante el traslado, ya que como el mismo lo expresó ni siquiera tiene claro el valor de su mesada pensional a futuro, así como tampoco le dijeron acerca del capital mínimo requerido para acceder a la pensión de vejez, elementos propios y fundamentales de dicho régimen que es lo mínimo que se le debe informar a un potencial afiliado dada la supuesta aseveración de COLFONDOS de haberle informado al señor Devia Vega todas y cada una de las características propias del régimen pensional en la asesoría inicial para efectuar el traslado, afirmación que solo se quedó en dichos al no allegar medio probatorio alguno que probara el deber de información a su cargo.

La sala advierte o no se explica por qué el juez de primera instancia ordenó la tasación de perjuicios con ocasión de la declaración de nulidad del traslado por parte de Colpensiones y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, cabe resaltar que no fueron solicitados por la parte accionante en el líbello de demanda, ni tampoco se presentó demanda de reconvención de la entidad accionada en la que se hiciera

referencia a esta pretensión, por lo tanto la Sala no se pronunciará frente a este asunto en razón al principio de consonancia y congruencia. En vista de lo anterior se revocará el ordinal SÉPTIMO de la sentencia, la cual a su vez se confirmará en lo demás.

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 al demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace 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.

Por las anteriores consideraciones se revocará el ordinal **SÉPTIMO** y se confirmará en lo demás la sentencia apelada de conformidad con las razones aquí expuestas.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

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 el ordinal SÉPTIMO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de julio de 2020, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de julio de 2020, por las razones expuestas en este proveído.

TERCERO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN