

**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 LUZ MARY CHARRIA CHACÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad. 2018 – 00289 01. Juz. 25.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio 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**

LUZ MARY CHARRIA CHACÓN demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 74.

- Régimen de transición.
- Retroactivo pensional.
- Intereses de mora.
- Costas del proceso.
- Uso de facultades Ultra y Extra petita.

Los hechos se describen a fls. 72 y 73 (subsanción). Nació el 27 de mayo de 1957, se trasladó al RAIS administrado por la AFP DAVIVIR el 01 de febrero de 2000. Mediante sentencia del 28 de noviembre de 2013 proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito se negó el traslado de régimen pensional, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación el que fue resultado por el Tribunal Superior de Bogotá y en decisión del 13 de junio de 2014, revocó la sentencia y declaró la nulidad del traslado de régimen efectuado a ING Pensiones. El 27 de noviembre del mismo año, solicitó a la empresa Consultoría Gestión de Riesgos (la que hace parte del Grupo Suramericana) la desafiliación del fondo de pensiones. Posteriormente presentó la misma solicitud a Suramericana quien le requirió el certificado de asesoría de la AFP Protección para acceder a su petición. El 29 de diciembre de 2014, Suramericana le informó que la novedad de retiro del fondo de pensiones se haría efectiva a partir del

día siguiente (30 diciembre de 2014). El 24 de septiembre de 2015, presentó a Colpensiones solicitud de cumplimiento del fallo judicial y el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, la que fue reconocida en Resolución No. GNR 292228 del 03 de octubre de 2016 sin reconocer el retroactivo pensional, decisión contra la cual interpuso los recursos de ley y que le fueron resueltos desfavorablemente. Considera que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes a partir del 30 diciembre de 2014, data para la cual se desafilió del sistema.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 87 a 92.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la mayoría de los hechos, excepto la desafiliación del fondo de pensiones.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe, carencia del derecho y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que condenó a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez de la demandante a partir del 31 de diciembre de 2014 en cuantía de \$2.216.306, y ordenó el pago del retroactivo causado desde esa fecha (31 de diciembre de 2014) hasta el 01 de octubre de 2016 incluyendo en el retroactivo el aumento del IPC. Condenó los intereses moratorios causados desde el 31 de diciembre de 2014 hasta que se efectúe el pago y declaró no probadas las excepciones. Llegó a esa determinación luego de citar los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049/90 y la jurisprudencia de la SL CSJ en lo que respecta a la novedad de retiro, en el caso advirtió que la demandante tenía derecho al reconocimiento de la pensión desde el 31 de diciembre de 2014 fecha en la que efectuó el último aporte al sistema y no a corte de nómina (01 de octubre de 2016) e indicó que el retroactivo de la demandante asciende a la suma de \$52.913.050. Dijo que los intereses corren a partir del 25 de enero de 2015, esto es, desde el cuarto mes siguiente a la solicitud del reconocimiento pensional y hasta que se haga efectivo el pago. También tomó la cuantía de la pensión reconocida para el año 2016 (\$2.216.306) y la dejó establecida para el año 2014 por lo que dispuso el

pago de las diferencias causadas en virtud de esta suma y los reajustes del IPC para los años 2015 y 2016 que se causaron.

### **Recurso de Apelación**

Colpensiones dio lectura a los artículos 13 y 35 del Dto. 758/90 y citó jurisprudencia donde se precisa la necesidad de registrar la novedad de retiro para poder disfrutar la pensión. Explicó las diferencias entre la causación y el disfrute e insiste que en el asunto la demandante no reporta la novedad requerida, de ahí que se haya procedido al pago de la prestación a corte de nómina.

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

**Parte demandante;** manifestó que a la demandante le asiste derecho al reconocimiento del retroactivo pensional, como quiera que se efectuó la novedad de retiro desde el 30 de diciembre de 2014 y en cuanto a los intereses de mora, adujo que estos se causaron dado el retardo en el pago de las mesadas a partir de la fecha ya citada hasta el 30 de septiembre de 2016.

**Parte demandada;** pide se revoque la decisión, puesto que el último periodo de cotización efectuado por la demandante, data para diciembre de 2014 sin que medie novedad de retiro, razón por la cual es procedente aplicar lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Decreto 758/990 y en consecuencia, la prestación reconocida se encuentra ajustada a derecho y no hay lugar al pago del retroactivo pretendido.

## **CONSIDERACIONES**

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones los puntos en los que fue condenada y no fueron apelados.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma el 19 de octubre de 2016 conforme se desprende del escrito visible a folios 53 a 61, donde la actora solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado desde el 31 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2016, junto con los intereses de mora, con lo que se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Status de Pensionada.**

No es objeto de controversia la calidad de pensionada de la demandante, por cuanto Colpensiones en Resolución GNR 292228 del 03 de octubre de 2016, le reconoció a CHARRIA CHACÓN la pensión bajo las exigencias de la Ley 71 de 1988 en aplicación del beneficio de la transición, al acreditar la edad y 1.537 semanas de cotización. La cuantía ascendió a \$2.216.306 y se dispuso el pago de la mesada desde el 01 de octubre de 2016.

### **Retroactivo pensional**

Frente al disfrute de la pensión es importante tener en cuenta el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990<sup>1</sup>, el cual establece que solo se puede disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio y como consecuencia del régimen general de pensiones. Debido a que la norma citada no especifica una solemnidad para acreditar el retiro o la desafiliación, considera La Sala que se debe analizar la conducta tanto del afiliado como del empleador en aras de determinar cuál fue su voluntad. Al respecto, la actora radicó solicitud de reconocimiento pensional ante la demandada el 24 de septiembre de 2015 (fl. 49), del reporte de semanas cotizadas se verifica que su última cotización se hizo el 31 de diciembre de 2014 (fls. 41 a 48), con el empleador CONSULTORIA EN GESTIÓN época para la cual contaba con 1537 semanas como se advierte de la resolución de reconocimiento (fl 49 vto), igualmente se desprende (cedula de ciudadanía fl. 14) que cumplió el requisito de la edad el 27 de mayo de 2012 y para el ciclo diciembre de 2014, se registró al momento de hacer el pago del aporte en la Planilla integrada de liquidación de aportes – PILA (fl 32) en la casilla de novedades “ RET P” que precisamente significa que la trabajadora considera que cumple los requisitos para obtener la pensión y no desea cotizar más al sistema; circunstancias de las que se concluye que al cesar la cotización y solicitar la pensión, la demandante dio a conocer a la entidad su intención de no seguir afiliada. Con estos elementos contaba la demandada para el momento en que expidió la resolución GNR 292228 del 03 de octubre de 2016 (fls. 49 a 52). Raciocinio este que ha sido adoctrinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias entre las que se puede consultar la SL5603-2016 del 6 de abril de 2016 con Radicación No 47.236<sup>2</sup> y como quiera para 30 de diciembre de 2014

---

<sup>1</sup> **ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.** *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.” (Subrayado fuera del texto y )*

<sup>2</sup> *“El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.*

(última cotización) ya reunía todos los requisitos para obtener la pensión pues ya había cumplido los 55 años (fl. 13) junto con el tiempo de servicio (resolución de reconocimiento - fl 49 vto), Colpensiones debió reconocer la pensión a partir del día siguiente a la última cotización, esto es el 31 de diciembre de 2014 y no como equivocadamente lo hizo hasta el 1º de octubre de 2016.

Respecto a la cuantía del retroactivo pensional, al deflactar<sup>3</sup> la mesada reconocida en el año 2016 (\$2.216.306) y respecto de la cual no hubo controversia, se advierte que ésta asciende para el año 2014 a la suma de \$2.097.364, y que efectuados los cálculos el retroactivo arroja un valor superior al determinado por el juez, no obstante como la cuantía tasada por A quo no fue apelada La Sala **confirma** el valor del retroactivo calculado en primera instancia.

De otra parte resulta importante precisar que en el caso, en virtud de la deflactación efectuada, no hay lugar a diferencias generadas en los IPC de los años 2015 y 2016 como lo afirmó el A quo, por lo que este punto se **revoca**.

---

*Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.*

*No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.*

*(...)*

*También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).*

*En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.*

*(...)*

*Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.*

*El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.*

*En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido”*

3

LIQUIDACION DE CREDITO									
Año	Mesadas	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	IPC	Variación mensual (%)	Variación año corrido (%)	Variación anual (%)	MESADA	SUMATORIA MESADAS
2014	3,33	31/12/2014	31/12/2014	79,56	1,94%	26,00%	1,94	2.097.364	6.984.223
2015	13	1/01/2015	31/12/2015	82,47	3,66%	27,00%	3,66	2.138.053	27.794.692
2016	9	1/01/2016	30/09/2016	88,05	6,77%	62,00%	6,77	2.216.306	19.946.754
TOTAL									54.725.670

## **Intereses Moratorios**

Referente a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993<sup>4</sup>, encuentra La Sala que ante la mora en el pago de las mesadas pensionales, se impone su condena. No obstante, previo a la imposición de tal acreencia es posible analizar los hechos que rodearon la tardanza, en aras de verificar si se encuentra justificación, postura que se acompasa con pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que se encuentra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2013 con radicación 43602, Magistrado Ponente Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz<sup>5</sup>.

La demandante solicitó la pensión el **24 de septiembre de 2015** (fl. 49), la cual le fue resulta hasta el 03 de octubre de 2016 cuando emitió el acto administrativo de reconocimiento pensional, esto es, fuera del término legal previsto en el Inciso 3º del Parágrafo 1º del Art. 9º de la Ley 797 de 2003<sup>6</sup>, y además de esto la prestación fue mal reconocida, por lo que la demandante el 19 de octubre de ese mismo año (fls 53 a 61) reclamó a la entidad el retroactivo pensional que fue negado, porque insiste no se acreditó la novedad de retiro, argumento que no es de recibo para justificar la conducta omisiva para no pagar la pensión a partir del 31 de diciembre de 2014, lo que deja sin justificación la actuación de Colpensiones para negar la misma. En consecuencia, como la pensión se debió reconocer dentro de los 4 meses siguientes a la radicación de la petición, contando la demandada **hasta el 25 de enero de 2016** para reconocerla en debida forma, los intereses moratorios en este caso resultan procedentes sobre el retroactivo pensional a partir de esta fecha.

En este punto debe precisar La Sala que en la sentencia el juez frente al extremo inicial de los intereses indicó en la considerativa que ellos correrían desde el 24 de enero de 2015, y si bien no se plasmó este extremo en el resuelve, a fin de evitar

---

<sup>4</sup> “**ARTICULO. 141.-Intereses de mora.** A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”.

<sup>5</sup> “La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir. Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras”

<sup>6</sup> Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

confusiones futuras se va a **ADICIONAR** la sentencia en el sentido de precisar que los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100/93 corren sobre el retroactivo causado entre el **31 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2016**, a partir del 26 de enero de 2016 y hasta que se verifique su pago.

### **Excepción de Prescripción**

Frente a la excepción de prescripción, concluye La Sala que no prospera, como quiera que la solicitud de reconocimiento de la pensión se elevó el 24 de septiembre de 2015 (fl. 49) Colpensiones definió la situación pensional en resolución del 03 de octubre de 2016 (fls. 49 a 52), la actora reclamó su retroactivo e intereses el día 19 de ese mismo mes y año (fls 53 a 61) y la demanda se radicó el 09 de mayo de 2018 (fl 68), por lo que desde la fecha en que se definió el derecho y la radicación de la demanda no transcurrió el término trienal previsto en el art. 151 del CPTSS.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho a cargo de Colpensiones.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO. -: MODIFICAR DEL ORDINAL PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada proferida el 17 de julio de 2020, en cual quedará así:

*“CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez de la señora LUZ MARY CHARRIA CHACÓN a partir del 31 de diciembre de 2014, en cuantía de \$2.097.364, por lo cual debe pagar el retroactivo pensional por las mesadas no canceladas entre el 31 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2016.”*

**SEGUNDO.** – **MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia el cual quedara así:

*"**CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100/93 a la demandante, los cuales debe pagar sobre el retroactivo causado entre el 31 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2016, y corren a partir del 26 de enero de 2016 hasta que se verifique su pago."*

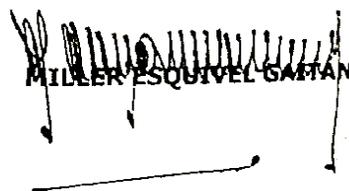
**TERCERO.** – En lo demás se confirma la decisión apelada.

**CUARTO.** - **COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LILIA ESPERANZA OSPINA SÁNCHEZ  
CONTRA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN Y  
OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS S.A. Rad. 2018 00526 01. Juz 22.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto 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

LILIA ESPERANZA OSPINA SÁNCHEZ demandado a INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y a OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 23.

- Se declare que entre la señora LILIA ESPERANZA OSPINA SÁNCHEZ y la sociedad INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS S.A. EN LIQUIDACIÓN, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 4 de abril y el 31 de diciembre de 2001.
- Se ordene la realización del cálculo actuarial para que el empleador pague los aportes a pensión con sus respectivos intereses de mora.
- Se ordene a OLD MUTUAL S.A. aceptar sin dilación u oposición los aportes correspondientes.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls.23 y 24. Manifiesta que entre LILIA ESPERANZA OSPINA SÁNCHEZ y la sociedad INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S. se celebró un contrato de trabajo el 4 de abril de 2001, durante la cual la actora prestó sus servicios atendiendo las instrucciones del empleador en la jornada máxima legal y recibiendo órdenes de los representantes legales de la empleadora en sus instalaciones, desempeñando el cargo de administradora de la base de Yopal y durante la vinculación laboral devengó la suma de \$1.000.000.

Afirma que el día 31 de diciembre de 2001, el empleador le comunicó la finalización de sus labores sin mediar justa causa legal para ello y a través de conciliación realizada el 16 de octubre de 2003 ante la INSPECCIÓN DE TRABAJO - DIRECCIÓN TERRITORIAL DE CUNDINAMARCA las partes acordaron el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones ocasionadas con la terminación de la relación laboral. Manifiesta que la empresa no ha realizado el pago de los aportes a seguridad social en pensiones correspondientes al periodo laborado, esto es de abril a diciembre de 2001 a la AFP OLD MUTUAL que es la administradora a la que se encuentra afiliada la demandante.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad el 22 de febrero de 2019 (fl. 29) y efectuada la notificación a las demandadas contestaron de la siguiente manera:

#### **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CEANTÍAS S.A.** (fls. 45 a 65).

- Ni aceptó ni se opuso a las pretensiones de la demanda relacionadas con la sociedad INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS LTDA EN LIQUIDACIÓN y se opuso a cualquier condena en su contra.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de fondo; cobro de lo no debido, ausencia de causa e inexistencia de la obligación y prescripción.

#### **INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS EN LIQUIDACIÓN** (fls. 92 a 98).

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con los extremos de la vinculación, la labor desempeñada y el salario devengado.
- Propuso como excepciones de fondo; inexistencia del derecho legalmente protegible, buena fe de la demandada, pago, compensación, 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 ordenó a OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y

CESANTÍAS S.A. realizar el respectivo cálculo actuarial conforme al Decreto 1887 de 1994 por concepto de los aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 4 de abril y el 31 de agosto de 2001. Condenó a INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS EN LIQUIDACIÓN a pagar el valor del cálculo actuarial que por concepto de aportes pensionales en el porcentaje que como empleador le corresponde debidamente indexados, con los intereses si a ello hay lugar a OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (minuto 15:00 a 15:23 audio audiencia fl. 118) y a esa AFP le ordenó registrar en la historia laboral de la actora las semanas correspondientes a los periodos de cotización entre el 4 de abril y el 31 de agosto de 2001. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Llegó a esta determinación luego de analizar las pruebas en relación con el contrato de trabajo y encontrar que en efecto, no se efectuó el pago de los aportes a seguridad social en pensiones al fondo al que se encontraba afiliada la demandante conforme al reporte que obra a folio 59, por lo que ante la falta de afiliación no era responsabilidad del fondo adelantar los trámites para el cobro de los aportes y ante la omisión de afiliación por parte del empleador, debía éste efectuar el pago del cálculo actuarial al fondo por los tiempos omitidos, conforme al Decreto 1887 de 1994 liquidados sobre un ingreso base de \$1.000.000.

### **Recurso de apelación**

**La demandada Integral de Servicios;** argumentó que la entidad se encuentra en trámite de liquidación, por lo que la demandante debió presentar los créditos dentro del término que corresponde ya que OLD MUTUAL presentó un crédito sin tener en cuenta la acreencia que estaba pendiente, por lo que hoy no es posible imponer una condena por este concepto, por cuanto las etapas procesales de presentación de créditos ya fenecieron, razón por la que solicita se revoque la sentencia.

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

**Parte demandante:** Solicita se confirme la sentencia proferida debido a que se demostró que hubo una relación laboral entre la demandante y la sociedad Integral de Servicios Técnicos Ltda., por lo cual debe pagar los aportes correspondientes al sistema de seguridad social en pensión por los periodos trabajados que no fueron cancelados anteriormente.

**Parte demandada:** **SKANDIA** indicó que ha cumplido a cabalidad con sus funciones, además que en lo relativo a la solicitud de la actora para el pago de los periodos supuestamente laborados con Integral de Servicios Técnicos Ltda, no se puede acceder favorablemente, porque no se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual de la demandante y es una situación anterior a la vinculación con Old Mutual por lo que no corresponde a la gestión de esta entidad.

### **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*". Solicita la demandada INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN que por no haber sido presentado por OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS en la oportunidad correspondiente el crédito respecto del cual se impone condena, no es procedente imponerla en esta oportunidad.

Al respecto, lo primero que se debe señalar es que el motivo por el cual OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS no incluyó en el crédito presentado ante la liquidación de la sociedad demandada el pago del cálculo actuarial de la hoy demandante, se debió a que no existió afiliación por parte de la empleadora al régimen de pensiones de LILIA ESPERANZA OSPINA SÁNCHEZ, pues en efecto como se mencionó en la sentencia de primera instancia, al no tener conocimiento de la existencia de la relación laboral, no era su responsabilidad adelantar los trámites para el cobro de los aportes a ella adeudados.

Por otra parte, la legislación ha desarrollado mecanismos encaminados a la protección de los derechos laborales, como en el artículo 345 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990 que hace referencia a la prelación de créditos por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales y para lo que estableció:

*Artículo 345. Prolación De Créditos Por Salarios, Prestaciones Sociales E Indemnizaciones Laborales. Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.*

Igualmente determinó el mismo artículo que *"el juez civil que conozca del proceso de concurso de acreedores o de quiebra dispondrá el pago privilegiado y pronto de los créditos a los trabajadores afectados por la quiebra o insolvencia del empleador"* y que *"cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos."* Por otro lado, indica que los créditos laborales se pueden demostrar por cualquier medio de prueba autorizados por la ley y, cuando sea necesario, producidos extra juicio con intervención del juez laboral o de inspector de trabajo competentes.

Por ello en el inventario de pasivos que se realiza al momento de iniciar el proceso de liquidación, ocupan el primer lugar los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo, y en consecuencia se obliga al liquidador de la sociedad que entra en liquidación a constituir las reservas en el inventario de activos de la sociedad para el pago de dichas acreencias y por ello en el caso en estudio era obligación del liquidador al realizar el inventario de pasivos hacer la reserva para el pago de las acreencias que le correspondían a la demandante, en este caso, el pago del cálculo actuarial o de las sentencias que se profirieran con posterioridad en los procesos adelantados en su contra, puesto que era de su conocimiento que no había efectuado el pago de los aportes a pensiones por el periodo comprendido entre el 4 de abril y el 31 de agosto de 2001 y en caso de no hacerlo estarían vulnerando los derechos de la trabajadora.

Conforme a lo expuesto al existir en la liquidación de la sociedad demandada, una reserva para efectuar el pago de las acreencias adeudadas a los trabajadores y para el pago de las sentencias que se profirieran con posterioridad al inicio de la liquidación es procedente la condena impuesta en primera instancia.

Por los anteriores motivos, se debe **CONFIRMAR** la sentencia impugnada.

**COSTAS.-** Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

### **DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS** Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

**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 MANUEL ANIBAL SIABATO SIABATO CONTRA PROTECCIÓN Y COLPENSIONES. Rad. 2019 00026 01 Juz 11.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio 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**

MANUEL ANIBAL SIABATO SIABATO demandó a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 119 y 120 (subsanción).

- Nulidad del traslado del RPM al RAIS.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos se describen a fls 120 a 123 de la subsanción de la demanda. Nació el 17 de enero de 1958, inició sus aportes a CAJANAL el 02 de mayo de 1982 donde cotizó 488 semanas para un total de 1089 entre el RAIS y el RPM. En mayo de 1995 inició a laborar en la Registraduría Nacional en el municipio de Jericó, el día El 15 ese mismo mes y año, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, momento en el que se omitió brindar información adecuada y suficiente sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que solo se habló de los beneficios del traslado. El 18 de noviembre de 1996, solicitó a COLMENA el traslado de régimen pensional, quien le efectuó una proyección de su posible mesada en los dos regímenes, entendiéndose que su solicitud había sido aceptada, razón por la cual su empleador comenzó a realizar los aportes al ISS. El 06 de junio de 2015, Colpensiones le informa que su traslado no fue exitoso pues continuaba

afiliado a COLMENA hoy PROTECCIÓN, esa AFP le indicó que su mesada pensional sería equivalente a \$781.242 a los 62 años de edad de continuar cotizando, mientras que en Colpensiones su pensión ascendería a la suma de \$2.460.204 a la misma edad. En el 2018 reclamó a las demandadas la nulidad del traslado al RAIS, solicitud a la que no se accedió.

### **Actuación Procesal**

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

La **AFP PROTECCIÓN** contestó en los términos del escrito visible a folios 148 a 162.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, afiliación a esa AFP, las semanas cotizadas, la petición de nulidad de la afiliación al RAIS y su negativa.
- 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 y genérica.

**COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito que milita a folios 108 a 120.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria 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 de la afiliación de MANUEL SIABATO SIABATO a COLMENA hoy PROTECCIÓN suscrita en mayo de 1995. Condenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante como aportes o cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración y sumas adicionales junto con los

rendimientos que se hubiesen causado y a Colpensiones le ordenó recibirlos. Llegó a esa determinación al colegir que la AFP PROTECCIÓN no cumplió con su carga probatoria pues no acreditó el cumplimiento al deber de información y buen consejo. Dijo que el formulario no es prueba suficiente de que el traslado de régimen efectuado por el actor haya sido informado. En cuanto a los comunicados de prensa, resaltó que ellos no brindaron una información individualizada de la situación del demandante dado que dichas publicaciones eran campañas que tenían como finalidad informar sobre las modificaciones de la Ley 797/03 de conformidad con el Decreto 2800/03.

### **Recurso de Apelación**

**La AFP PROTECCIÓN** alegó que los gastos de administración son sumas legales y están expresamente autorizados por la Ley. Manifestó no estar de acuerdo con la devolución de tales rubros, como quiera que estos no están destinados a financiar la pensión de vejez del actor, pues es suficiente con el traslado de sus aportes y al ordenar devolver la comisión de administración y los rendimientos financieros, se desconocería la gestión realizada por la AFP. Indicó que en los gastos de administración se incluyó la cobertura a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, sumas que ya fueron pagadas a las aseguradoras las cuales no pueden ser devueltas al ser estas entidades terceros de buena fe.

**COLPENSIONES** señaló que el traslado de régimen pensional se hizo de forma libre y voluntaria, aunado a que no probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declare la nulidad del traslado. Indicó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición prevista en el art. 2 de la ley 797/03 y resaltó que SIABATO SIABATO para la solicitud de retorno al RPM contaba con 61 años de edad, por lo que no se puede acceder al traslado. Pidió subsidiariamente y en caso de confirmarse la decisión, se condicione el traslado de régimen pensional a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y se ordene la indexación de los valores trasladados.

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

**Parte demandante;** adujo que la AFP no efectuó una asesoría clara y completa sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional, pues son las administradoras quienes deben garantizar el cumplimiento al deber de información y buen consejo tal como lo ha señalado la SL CSJ pues ante tal omisión, se debe declarar la nulidad del traslado y confirmar la decisión apelada.

### **Parte demandada:**

**COLPENSIONES;** indicó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797/03 por lo que no es procedente declarar la nulidad del traslado, máxime cuando no se probó la existencia de vicios del consentimiento, razón por la cual la decisión de cambio de régimen se entiende que fue libre y voluntaria.

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

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de los documentos que reposan a folios 77 a 82 de fecha 01 de agosto de 2018, donde se solicitó la nulidad del traslado al RAIS. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentre afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., al cual se trasladó desde el 15 de mayo de 1995 (fl. 76). 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 tomó tal decisión no se 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 demandante el 15 de mayo de 1995 (fl. 76), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, con la cual cumpliría

los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de SIABATO. 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 Villegas<sup>2</sup> 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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pensiones 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 (en este caso PROTECCIÓN), 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 – 2020<sup>3</sup>) a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento tal como lo menciona la apoderada de Colpensiones.

Ahora, respecto al argumento de Colpensiones consistente en que el traslado de régimen fue válido, que el actor contó con la información necesaria para trasladarse al RAIS, lo cierto es que el hecho de alegar la existencia de una manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional, sin la demostración de la debida asesoría cuando la persona desconoce la incidencia que tiene en sus derechos

---

<sup>3</sup> 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

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

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

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

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

prestacionales, resulta insuficiente, infructuosa y fuera de contexto, pues si se pusiera de presente toda la información respecto a los dos regímenes pensionales al momento de efectuar el traslado al RAIS, la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Tampoco es de recibo la manifestación de Colpensiones, de que como el demandante está inmerso en la prohibición del art. 13 de la Ley 100/93 modificado por el art. 2 de la Ley 797/2003, no es dable declarar la ineficacia del acto del traslado, pues este 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 actor 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 Calderón.

### **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 PROTECCIÓN S.A. 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 período.

Por otro lado, respecto a la indexación alegada por Colpensiones, es de recordar que este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual del afiliado (SL2877-20205) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación y que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020<sup>5</sup>, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) a favor de COLPENSIONES, por lo que con la devolución de los rendimientos financieros ya se satisface la indexación pretendida.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

## 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:

---

<sup>5</sup> 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."

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia apelada proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito del 30 de junio de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. – COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

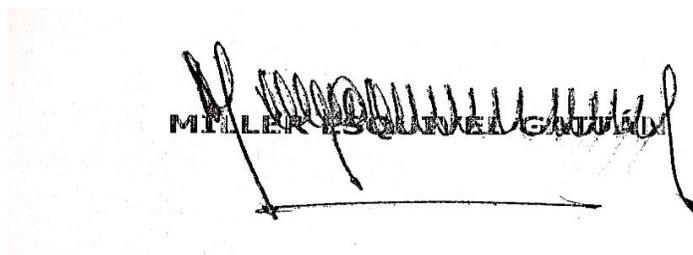
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA CECILIA ARCILA AGUIRRE CONTRA PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Rad. 2019 00113 01 Juz 05.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio 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**

OLGA CECILIA ARCILA AGUIRRE demandó a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl 17.

- Nulidad del traslado del RPM al RAIS.
- Traslado de los aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos se describen a fls 3 a 6 de la demanda. Nació el 10 de julio de 1964, inició sus aportes al ISS hoy COLPENSIONES desde el mes de marzo de 1991 donde cotizó 133 y un total de 1408 semanas en el RAIS y RPM. En febrero de 2000, se trasladó al RAIS administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., momento en el que se omitió brindar información adecuada y suficiente sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que solo se habló de los beneficios del traslado, no se le dijo sobre la oportunidad de retornar al RPM pues solo se le indicó que podría pensionarse a cualquier edad. El 21 de diciembre de 2018, solicitó a Colpensiones la nulidad de traslado de régimen pensional, petición a la cual no se accedió.

**Actuación Procesal**

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

**COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito que milita a folios 82 a 97.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante y las solicitudes de nulidad de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al RAIS, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, falta de causa para pedir, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, compensación y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó en los términos del escrito visible a folios 106 a 113.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; 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 nulidad del traslado de régimen realizado por OLGA CECILIA ARCILA AGUIRRE a través de HORIZONTE hoy PORVENIR. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones le ordenó recibirlos y actualizar la historia laboral. Llegó a esa determinación al constatar que la AFP PORVENIR no cumplió con su carga probatoria pues no acreditó el cumplimiento al deber de información que le asistía desde la expedición de la Ley 100/93 y el art. 12 del Decreto 720/94. Indicó que la AFP no demostró que la información verbal suministrada a la demandante haya sido suficiente, amplia y oportuna pues la suscripción del formulario de vinculación es solo un formato preimpreso con el que no se probó que el consentimiento de la afiliada hubiese sido informado. Recalcó que el deber de asesoría e información debió garantizarse desde el momento del traslado y durante la permanencia de ARCILA AGUIRRE en el RAIS ya que solo así podría hablarse de un traslado de régimen pensional libre y voluntario. Frente a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, la declaró no probada dado que, así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ella tienen la misma connotación tal como lo ha expresado la SL CSJ.

### **Recurso de Apelación**

**COLPENSIONES** señaló que el traslado de régimen pensional se hizo de forma libre y voluntaria, aunado a que no probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declare la nulidad del traslado. Indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición prevista en el art. 2 de la Ley 797/03 y resaltó que ARCILA AGUIRRE para la solicitud de retorno al RPM estaba próxima a alcanzar la edad requerida en la Ley, por lo que no se podía acceder al traslado. Adujó que no tuvo ninguna injerencia ni responsabilidad al momento del traslado según el art. 1602 del Código Civil y que era la demandante quien debía informarse sobre su situación pensional. Agregó que la actora ratificó su decisión de pertenecer al RAIS al permanecer por más de 20 años en la AFP por lo que subsanó cualquier vicio del consentimiento. Concluyó que la decisión atenta contra el principio de sostenibilidad financiera que cobija al RPM, por lo que recibir a la demandante generaría una descapitalización del fondo común administrado esa administradora.

**La AFP PORVENIR** señaló que el actuar de la AFP estuvo revestido de buena fe, por lo que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa para ahora beneficiarse y retornar al RPM, que la afiliación fue libre y la actora plasmó su voluntad en el formulario, además que no se probó la existencia del dolo como vicio del consentimiento y que el A quo descartó lo señalado en los artículos 1742 y 1743 del C. Civil. Indicó que al momento del traslado (2000) no era posible realizar una simulación pensional dado que le faltaban más de veinte años para el reconocimiento de la pensión de vejez. Resaltó que las razones de OLGA CECILIA en la demanda son meramente económicas, la demandante faltó a su deber de informarse pues contaba con todos los canales de atención para conocer del funcionamiento del régimen de ahorro individual. Finalmente, precisó que ARCILA AGUIRRE al permanecer por más de veinte años en el RAIS ratificó su decisión de traslado y que al encontrarse inmersa en la prohibición legal prevista en el art. 2 de la Ley 797/03 se imposibilita el retorno al régimen de prima media.

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

**Parte demandante:** pide se tenga en cuenta la sentencia STP 12082/19 proferida por el SP CSJ y en consecuencia, se confirme la decisión como quiera, que en el asunto no se probó el deber de información que le asiste a la AFP, pues por el contrario solo se ocupó de afirmar que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria cuando no aportó ninguna prueba de ello, no siendo suficiente el formulario de vinculación con el cual no es posible establecer que el consentimiento vertido en el mismo haya sido informado.

### **Parte demandada:**

**COLPENSIONES;** indicó que dentro del proceso no se demostró ningún vicio del consentimiento que determinara la declaratoria de nulidad de traslado, ya que la demandante manifestó por voluntad propia suscribió y firmó el formulario de afiliación de su traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**AFP PORVENIR;** manifestó no estar de acuerdo con la decisión del A quo, por cuanto en el asunto no se probó la existencia de vicios del consentimiento toda vez que la decisión del traslado fue libre y por el contrario se probó que la AFP cumplió con las obligaciones que le correspondían al momento del traslado. Pidió no se ordene la devolución de los gastos de administración, toda vez que estas sumas tienen una destinación específica por mandato legal y ya no se encuentran en las arcas de la administradora.

## **CONSIDERACIONES**

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

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de los documentos que reposan a folios 23 a 26 de fecha 21 de diciembre de 2018, donde se solicitó el retorno al RPM. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentre afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., al cual se trasladó desde el 23 de febrero de 2000 (fl. 35). 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 tomó tal decisión no se 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 demandante el 23 de febrero de 2000 (fl. 35), diligenció una solicitud de vinculación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la

---

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

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada*

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 ARCILA AGUIRRE. 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 Villegas<sup>2</sup> 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 la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable y efectivamente se traduce en un aspecto meramente económico, pues dependiendo de este tipo de circunstancias es que se va a estibar la correspondiente mesada pensional; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), 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 (SL4811-2020<sup>3</sup>, SL4373-2020, SL1688-2019<sup>4</sup>), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el

---

*por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>3</sup> Corresponde a la administradora del fondo de pensiones demostrar la diligencia, cuidado y buena fe en el cumplimiento del deber de información y su acreditación no al afiliado.

<sup>4</sup> Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto

monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>5</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como lo señalan las demandadas.

La AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, se limitó a manifestar que la parte actora fue informada de los beneficios del RAIS y que era ella quien debía preocuparse por su situación pensional e indagar por las condiciones del cambio al momento de la suscripción del formulario o durante su permanencia en el RAIS pues contaba con los diferentes canales de atención para informarse, sin embargo, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019<sup>6</sup>). La demandada 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 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.

Para La Sala no es de recibo el argumento de que los vicios del consentimiento fueron saneados con el paso del tiempo y que ARCILA AGUIRRE ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al continuar afiliada a la AFP, pues estas manifestaciones no son suficientes para convalidar su decisión de cambio ya que es evidente que quien incumplió con sus deberes especiales fue precisamente Porvenir, quien debió garantizar desde el momento del traslado un debida y completa asesoría, lo cual no demostró pues solo se ocupó de manifestar que el traslado de régimen pensional se hizo de forma libre y voluntaria.

Tampoco es dable la manifestación de Colpensiones y Porvenir, de que como la demandante está inmersa en la prohibición del art. 13 de la Ley 100/93 modificado por el art. 2 de la Ley 797/2003, no es dable declarar la ineficacia del acto del traslado, pues este 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 actora 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 Calderón, y es

---

*que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.*

<sup>5</sup> *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

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

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

<sup>6</sup> *Frente al reclamo de la ineficacia del traslado de régimen pensional corresponde al juez no solo verificar la validez formal del formulario de afiliación, sino evaluar el cumplimiento del deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido.*

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).

En lo que respecta a la falta de diligencia de la demandante alegada por PORVENIR, lo que se advierte es una falta absoluta a los deberes establecidos 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 los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio ofrecido.

Ahora, es de precisar que COLPENSIONES si tuvo ninguna injerencia en el traslado al RAIS pese a que en esa época el traslado se efectuó con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entidad que aprobó el traslado inicial del régimen, por lo que al no haber verificado la legitimidad de dicho traslado debe asumir la responsabilidad, lo cual no obsta para que ella repita contra la AFP PORVENIR, pues como ya se indicó fue allí donde se materializó y generó la nulidad del traslado de régimen.

En cuanto al principio de la sostenibilidad financiera alegado por COLPENSIONES, es de recordar que este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-2020<sup>7</sup>) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020<sup>8</sup>, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Finalmente, sobre los artículos 1742 y 1743 del Código Civil citado por Porvenir, La Sala precisa resaltar que este tipo de procesos se aborda desde la óptica de la ineficacia del traslado en virtud de la falta al deber de información por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual, por lo que no es dable para la demandante, prever con antelación las consecuencias que le pudiesen acarrear el traslado de régimen pensional, pues su decisión obedeció a una deficiente asesoría y falta de diligencia por parte de la AFP, en consecuencia si es procedente que el Juez de primera instancia declare la nulidad del traslado de régimen pensional, pues su decisión no fue caprichosa si no que obedeció al incumplimiento al deber de asesoría e información en cabeza de Porvenir.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

---

<sup>7</sup> El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

<sup>8</sup> "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."

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

### 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 apelada proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito del 13 de julio de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. – COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

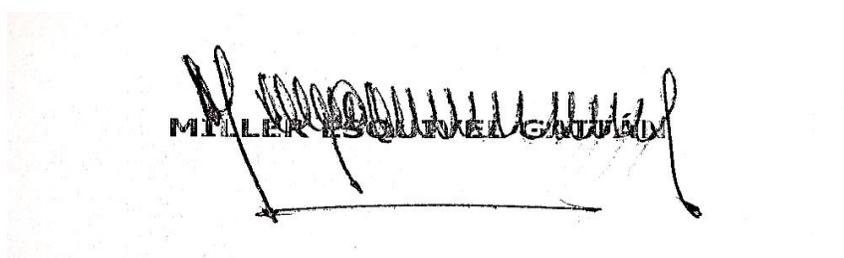
### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA PATRICIA GÓMEZ ROMERO  
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN SA. Rad. 2019 – 00158 01. Juz. 7.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio 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**

ANA PATRICIA GÓMEZ ROMERO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PROTECCIÓN SA., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 8 y 9.

- Nulidad o ineficacia 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 facultades ultra y extra petita

Los hechos de la demanda se describen a fls. 6 a 8. Nació el 15 de julio de 1962 e inició sus aportes en el ISS desde el 16 de febrero de 1981. El 23 de junio de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP DAVIVIR, sus aportes se efectúan actualmente a PROTECCIÓN. Dijo que no se le brindó información sobre las ventajas y desventajas de los regímenes y no se le advirtió de las consecuencias del traslado. Solicitó a la AFP la simulación pensional quien le indicó que no contaba con el capital suficiente para acceder a la pensión de vejez. El 17 de julio de 2017, solicitó a la demandada Colpensiones la nulidad del traslado efectuado a Protección, petición que fue negada.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo 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. 108 a 138.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, la solicitud de traslado al RPM y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al PRM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social y genérica.

**PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** contestó en los términos del escrito visible en fls. 156 a 167.

- Se opuso a las pretensiones.,
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, el traslado al RAIS y la afiliación a esa AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación por falta de causa y porque afecta 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 realizado por ANA PATRICIA GÓMEZ ROMERO con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. Ordenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros que se causen hasta la fecha de entrega de dichas sumas, los gastos de administración, comisiones y cualquier otro concepto que se hubiese descontado de los aportes pensionales de

GÓMEZ ROMERO debidamente indexados y a Colpensiones a recibir a la actora sin solución de continuidad como afiliada del RPM. Llegó a esa determinación al evidenciar que la AFP no cumplió con la carga de la prueba en los términos del art. 167 CGP, pues no probó que la información entregada al momento del traslado haya sido suficiente, clara y transparente para que así la decisión del traslado de régimen pensional hubiese sido libre y voluntaria. Indicó que el deber de información siempre ha existido, por lo que no es dable por parte de la AFP afirmar que esa obligación solo nació con la expedición del Decreto 2555/10 y la Ley 1748/14 dado que esa normatividad solo adicionó, modificó y complementó el deber de asesoría y buen consejo que recaía sobre las administradoras con sus afiliados, deber que ya existía para el momento del traslado efectuado por la demandante. Resaltó que en el formulario de vinculación solo se plasmaron datos básicos y generales, pero más allá de esto no obra información diferente que permita evidenciar que GÓMEZ ROMERO conoció las características del RAIS al momento del traslado, no se estableció cual fue la asesoría veraz, necesaria y comprensible brindada sobre las ventajas y desventajas de dicho régimen, situación que se ratificó por la parte actora en el interrogatorio de parte, en consecuencia consideró pertinente declarar la ineficacia del traslado a PROTECCIÓN S.A. Frente a la excepción de prescripción la declaró no probada, como quiera que el derecho pensional de la demandante en proceso de conformación es imprescriptible conforme el art. 48 de la C.P y se relevó del estudio de los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.

### **Recurso de Apelación**

**PROTECCIÓN S.A.**, dijo que la administradora no está obligada a devolver las sumas por concepto de gastos de administración al considerar que se administró de manera diligente y responsable la cuenta de la demandante, la AFP se encargó de realizar una efectiva gestión que le generó beneficios económicos como los rendimientos financieros, además de que éstos se encuentran bajo el mandato legal establecido en la Ley 100/93. Señaló que al declararse la ineficacia del traslado las partes vinculadas deben asumir las consecuencias del traslado de régimen pensional y si la finalidad de la declaratoria de nulidad del traslado es retrotraer los efectos, se entiende que la demandante deberá restituir los rendimientos generados, pues de lo contrario constituiría un enriquecimiento injustificado por parte de la promotora del proceso.

La demandada **COLPENSIONES**, refirió que conforme al art. 1750 del Código Civil, GÓMEZ ROMERO solo contaba hasta antes de 1998 para solicitar la rescisión del contrato de afiliación, por lo que feneció su oportunidad y se encuentra prescrita la acción contra ese acto jurídico según la sentencia SL1689/19 de la CSJ. Indicó que

no se probó la existencia de vicios en el consentimiento en los términos del artículo 1740 del Código Civil, para que se declarará la nulidad del traslado y que la demandante ratificó de manera tácita (art. 1754 del Código Civil), su decisión de permanecer en el RAIS la cual plasmó en el formulario de afiliación. Resaltó que las razones de ANA PATRICIA en la demanda son meramente económicas pues era la afiliada quien tenía la obligación de informarse sobre su futuro pensional. Concluyó que recibir a la demandante generaría una descapitalización del fondo común administrado por esa administradora.

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

**Parte demandante:** pide se confirme la decisión como quiera que no se probó que la información al momento del traslado de régimen haya sido completa y suficiente, en consecuencia la AFP incumplió con el deber de información que le asiste.

### **Parte demandada:**

**COLPENSIONES;** manifiesta la afiliación de la demandante al RAIS fue libre y voluntaria, aunado a que en el proceso no se probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declarará la nulidad del traslado.

**PROTECCIÓN;** indicó que no es procedente la devolución de los gastos de administración ya que estas deducciones se encuentran autorizadas en la Ley y se incluyeron las sumas por concepto de seguro previsionales las cuales ya fueron pagadas a las aseguradoras, quienes actuaron de buena fe.

## **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 de escrito que reposa a folio a 68 de fecha 17 de julio de 2017, en la que se solicitó el traslado al RPM, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

## **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando solicitó su vinculación el 23 de junio de 1994 con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, según formulario que reposa a folio 65. 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 ilustró sobre las desventajas que conllevaba el traslado al considerar que la información suministrada no fue suficiente ni oportuna, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la promotora del litigio el día 23 de junio de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP DAVIVIR (fl.65), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup> norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la afiliada. 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 Villegas<sup>2</sup> 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 la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable y efectivamente se traduce en un aspecto meramente económico, pues dependiendo de este tipo de circunstancias es que se va a estribar la correspondiente mesada pensional; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso DAVIVIR hoy PROTECCIÓN), 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 (SL4811-2020<sup>3</sup>, SL4373-2020, SL1688-2019<sup>4</sup>), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se 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

---

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

<sup>3</sup> *Corresponde a la administradora del fondo de pensiones demostrar la diligencia, cuidado y buena fe en el cumplimiento del deber de información y su acreditación no al afiliado.*

<sup>4</sup> *Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.*

jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>5</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento en los términos del art. 1740 del Código Civil como lo señala la apoderada de Colpensiones.

Insuficiencias que no se subsanan con el tiempo de permanencia en el RAIS ni se ratifican de manera tácita como lo afirma como Colpensiones, pues estas circunstancias si no provienen de la elección libre e informada de la afiliada, acompañada de una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales 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 de recibo el argumento de Colpensiones consistente en que era la demandante la que debía informarse, porque tal y como lo ha expresado la reiterada y pacífica jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, es la AFP quien debe suministrar información suficiente, clara y veraz no solo sobre las características del régimen que administra si no también de las consecuencias que le acarrearía tal decisión a la trabajadora, ya que es Protección quien debe comunicar a sus afiliados todo lo referente a los productos ofrecidos, pues de lo contrario se atenta contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio prestado.

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

En cuanto a la devolución de los gastos de administración, es de recordar que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos

---

<sup>5</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la reiterada 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, adocrinó:*

*[...]*

*"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 del juez de ordenar a PROTECCIÓN S.A. devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como PROTECCIÓN es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración y sumas destinadas a cubrir los seguros provisionales, 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 período.

En cuanto al principio de la sostenibilidad financiera y la descapitalización alegada por COLPENSIONES, es de recordar que tal principio se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-2020<sup>6</sup>) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba (sin que se genere enriquecimiento sin causa a favor de la demandante), como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo

<sup>6</sup> El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

recibido con ocasión a la afiliación, y que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020<sup>7</sup>, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Finalmente, sobre el artículo 1750 del Código Civil referido por Colpensiones, La Sala precisa resaltar que este tipo de procesos se aborda desde la óptica de la ineficacia del traslado en virtud de la falta al deber de información por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual, por lo que no es dable para la demandante, prever con antelación las consecuencias que le pudiesen acarrear el traslado de régimen pensional, pues su decisión obedeció a una deficiente asesoría y falta de diligencia por parte de la AFP y en razón a que COLPENSIONES no accedió a la solicitud de retorno al RPM, debió acudir al proceso ordinario para así poder retornar al régimen de prima media y poder garantizar su futuro pensional. Entonces, no se puede considerar que GÓMEZ ROMERO debía solicitar la rescisión del contrato de afiliación dentro de los términos descritos en el citado artículo, toda vez que para el momento del traslado aún se encontraba en proceso de estructuración su derecho pensional.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

## 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;

---

<sup>7</sup> "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, adoctrino:

[...]

"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."

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 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 (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

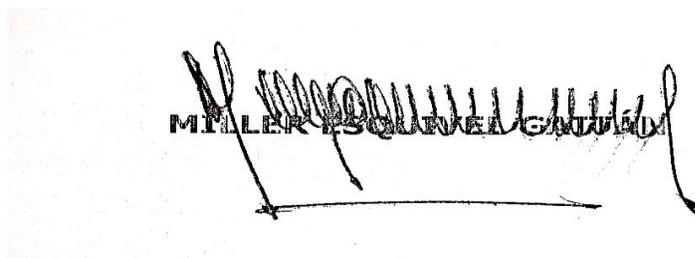
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE AURELIO GÓMEZ LEE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2019 – 00411 01. Juz. 08.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio 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**

JORGE AURELIO GÓMEZ LEE 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 fls 2 y 3.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Actualizar de la historia laboral.
- Costas.
- Uso de facultades Ultra y Extra Petitia.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 y 5. Nació el 30 de agosto de 1958. Cotizó al ISS desde el 22 de abril de 1982 hasta el 27 de septiembre de 2000, momento en el que se trasladó a PORVENIR S.A., donde no se le informó sobre las verdaderas desventajas que acarrearía el traslado de régimen, tampoco se le efectuó una proyección cierta de su mesada pensional y no se le brindó la posibilidad de retornar al RPM. Para la fecha del traslado (27 de septiembre de 2000), Porvenir le indicó que su bono pensional para esa data correspondería a la suma de \$99.971.008, su mesada pensional sería equivalente a \$1.444.522 a los 62 años de edad y en ISS su pensión solo ascendería a \$856.043 a la misma edad. El 20 de abril de 2019, la AFP Porvenir le comunicó que contaba con un capital acumulado en su cuenta de ahorro individual de \$395.530.345, le efectuó una proyección pensional la cual arrojó como mesada pensional la suma de \$1.694.300 con una tasa de reemplazo del 43.02% mientras que en Colpensiones su pensión sería por valor de \$3.548.680 y una tasa de reemplazo de 78.12% sobre el IBL, por lo que se generaría una diferencia de \$1.397.400 la cual afecta su derecho pensional, teniendo en cuenta que

acredita 1901 semanas cotizadas al SGSS. En mayo de 2019, solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional, petición a la que no se accedió.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo 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. 75 a 83.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó la fecha de nacimiento del demandante.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y genérica.

**AFP PORVENIR S.A.** contestó en los términos del escrito visible en fls. 113 a 147.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación 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 JORGE AURELIO GÓMEZ LEE acaecido el 27 de septiembre de 2000 a la AFP PORVENIR S.A. Condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales junto con los intereses de conformidad con el art. 1746 del Código Civil, esto es los rendimientos que se hubiesen causado, a COLPENSIONES le ordenó recibirlos y a efectuar los ajustes en la historia pensional del actor. Llegó a esa determinación al constatar que PORVENIR desde el momento de la afiliación a esa AFP, no brindó la información suficiente y oportuna para que el demandante hubiese podido prever las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional, a su vez resaltó que el deber de información siempre ha existido pues se consagró en el art. 97 del Decreto 663/93, lo que hace necesario que el afiliado al momento de su cambio de régimen se le comunicará sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes para que así su decisión fuese informada, omisión la cual consideró que atenta contra el derecho del trabajador a afiliarse de forma libre y voluntaria. Indicó que el formulario de vinculación no es prueba suficiente para acreditar el consentimiento informado del actor, teniendo en cuenta que tal documento es un formato preimpreso que no prueba el cumplimiento al deber de información conforme lo ha señalado la SL de la CSJ. Frente a la excepción de

prescripción propuesta por las demandadas, la declaró no probada dado que, así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ella tienen la misma connotación tal como lo ha expresado la SL CSJ en sentencia 1689/19 y dadas las resultas del proceso se relevó del estudio de los demás medios exceptivos.

### **Recurso de Apelación**

La **AFP PORVENIR S.A.**, manifestó no estar de acuerdo con el A quo pues la decisión atenta contra los principios de inescindibilidad de las normas, confianza legítima y la sostenibilidad financiera según el art. 48 de la Constitución Política. Indicó que la Juez no estableció la diferencia entre la ineficacia y la nulidad como quiera que, si la finalidad de la declaratoria de nulidad del traslado es retrotraer los efectos, se entiende que la cuenta de ahorro individual del demandante deberá restituir los rendimientos generados en consonancia con el principio de restituciones mutuas consagrado en el art 1746 del C.C, pues de lo contrario constituiría un enriquecimiento injustificado por parte del promotor del proceso. Dijo que la devolución de los gastos de administración, debe estar afectada por la prescripción trienal dado que no hacen parte integral de la pensión y no corresponden al afiliado.

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

**Parte demandante:** indicó que la AFP incumplió con el deber de información que siempre ha estado en su cabeza pues este se consagró desde la expedición de la Ley 100/93, circunstancias que no tuvo en cuenta Porvenir al momento del traslado de régimen pensional, sin que nada tenga que ver si el actor es o no beneficiario del régimen de transición, ya que las AFP deben garantizar que el afiliado conoce de las implicaciones que la acarrea la decisión de cambio para que así su elección de régimen sea libre y voluntaria, razón por la cual pide se confirme la sentencia.

### **Parte demandada:**

**La AFP POVENIR;** pide se revoque el fallo como quiera que no se probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declarará la nulidad del traslado, pues por el contrario la voluntad de vincularse a esa AFP el actor la plasmó en el formulario de vinculación además de haber efectuado los descuentos con destino a esa administradora, los que permiten colegir que el demandante si conocía de las características propias del RAIS y fue él quien no se preocupó por su situación pensional. Considera que no es dable la devolución de los gastos de administración, ya que tales sumas tienen una destinación específica por mandato legal dentro de las cuales se encuentran incluidos los valores por concepto de aseguramiento y que ya no se encuentran en las arcas de la AFP.

**COLPENSIONES;** no está de acuerdo con la decisión proferida, ya que se probó que Porvenir cumplió con el deber de información que le asistía, pues no obra prueba alguna que acredite que el traslado de régimen pensional se haya efectuado bajo presión lo que no

da a que se declare la nulidad del traslado máxime cuando no se demostró la existencia de vicios del consentimiento. Resaltó que el demandante recibió la información necesaria para que su elección de régimen fuese libre y voluntaria, consentimiento que plasmó al momento de suscribir el formulario de afiliación con la AFP. Concluyó que GÓMEZ LEE se encuentra inmerso en la prohibición legal del art. 2 de la Ley 797/03, por lo que no sería procedente su retorno al 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, sus consecuencias y la devolución de los gastos de administración.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende del escrito que milita a folio 66 y 67, de fecha 16 de mayo de 2019, en la que se solicitó retornar al RPM, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional del actor, 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 27 de septiembre de 2000 (fl. 63). 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 27 de septiembre de 2000 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR (fl. 63) con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por 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

---

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

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 Villegas<sup>2</sup> 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 (aquí PORVENIR), 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 2611-2020<sup>3</sup>), 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

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

<sup>3</sup> 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.*

*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”*

y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>.

En lo que respecta al principio de confianza legítima alegado por Porvenir, lo que La Sala advierte es que quien claramente atenta contra dicho principio es la AFP pues ha faltado a sus obligaciones especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible, transparente, clara, veraz, oportuna del régimen que administra, dado que la Ley le impone como obligación el correcto manejo de los aportes de sus afiliados lo que implica que la administradora deba garantizar el cumplimiento al deber de información, el cual como lo ha señalado la SL de la CSJ siempre ha existido (SL1452-2019), por ello no es de recibo el argumento de Porvenir consistente en que al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, se está atentando contra tal principio, porque como ya se dijo fue esa administradora la que con su falta de diligencia asaltó al demandante en su buena fe.

Ahora, el recurrente refiere que el fallador no estableció la diferencia entre ineficacia y nulidad, al respecto la Corte Suprema de Justicia en su reiterada y pacífica jurisprudencia, entre ellas la SL4360/19 ha señalado:

**TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, INEFICACIA, EFECTOS** – *"Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica de un acto o contrato, bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia siempre es la misma: retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc o desde siempre".* (Subrayado fuera de texto)

Por lo que se concluye que al margen del término que se emplee "ineficacia" o "nulidad" la consecuencia a la falta de cumplimiento al deber de información en cabeza de las AFP, (siendo este ítem un requisito fundamental para que el traslado goce de plena validez), es la misma, esto es que el acto jurídico del traslado pierde su efecto, circunstancia que no atenta contra el principio de inescindibilidad de las normas que aduce el apelante, pues para zanjar el asunto no es necesario establecer la diferenciación entre los términos ya mencionados, esto en atención a la explicación que ha hecho la CSJ al respecto.

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

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

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

En cuanto a la devolución de los gastos de administración y la prescripción de los mismos, 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 período, 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.

Finalmente, sobre el artículo 1746 del Código Civil citado por Porvenir, precisa resaltar que este tipo de procesos se aborda desde la óptica de la ineficacia del traslado en virtud de la falta al deber de información por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual, por lo que no es dable para el demandante, prever con antelación las consecuencias que le pudiesen acarrear el traslado de régimen pensional, pues su decisión obedeció a una deficiente asesoría y falta de diligencia por parte de la AFP, en consecuencia si es procedente que la Juez de primera instancia declare la nulidad del traslado de régimen pensional, pues su decisión no fue caprichosa si no que obedeció al incumplimiento al deber de asesoría e información en cabeza de Porvenir.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de PORVENIR. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho para la apelante.

### **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 23 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 PORVENIR. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho para la apelante.

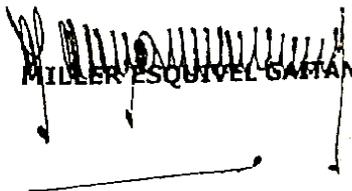
### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA MARGARITA CORREDOR MORENO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., AFP OLD MUTUAL Y PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 00442 01 Juz 21.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio 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**

ANA MARGARITA CORREDOR MORENO demandó a COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., AFP OLD MUTUAL y PROTECCIÓN S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 4 y 5.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Nulidad de los traslados entre administradoras.
- Traslado de aportes.
- Actualización de la historia laboral.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 7. Nació el 10 de noviembre de 1962. Se afilió al ISS el 09 de abril de 1979 donde cotizó de manera interrumpida hasta el 29 de julio de 1996, fecha en la que se trasladó a Horizonte hoy Porvenir sin que en ese momento se le informara sobre las implicaciones del traslado de régimen, tampoco se le comunicó sobre la posibilidad de retornar al RPM. Posteriormente se afilió a la AFP OLD MUTUAL (actual administradora), persistiendo la falta de información suficiente que le permitiera entender las consecuencias de los traslados, en la actualidad cuenta con un total de 1786 semanas cotizadas al SGSS. La demandada OLD MUTUAL le informa que, de continuar cotizando hasta los 57 años de edad, su mesada sería equivalente a la suma de \$1.600.000 y en el RPM sería de \$3.714.104 con una tasa de reemplazo del 77.61% de su IBL. En el 2019 solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional en aplicación a la jurisprudencia proferida por la SL de la CSJ.

**Actuación Procesal**

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

La **AFP OLD MUTUAL** contestó en los términos del escrito visible a fls.109 a 118.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos admitió la solicitud de nulidad de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, buena fe y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible a fls. 152 a 169.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y la solicitud de retorno al RPM.
- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y genérica.

**PORVENIR S.A.**, contestó en los términos del escrito visible a fls. 195 a 218.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la solicitud de nulidad de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Mediante auto del 03 de octubre de 2019 (fl.95) se vinculó a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** como litis consorte necesario por pasiva, quienes contestaron así:

**PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visible a fls. 240 a 250.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos solo aceptó a fecha de nacimiento de la demandante.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, 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, genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes.

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, en los términos del escrito visible a fls. 280 a 288.

- No se opuso ni se allanó a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; aceptó la fecha de nacimiento de la afilada.
- No formuló excepciones de mérito.

### **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 régimen pensional efectuado por ANA MARGARITA CORREDOR MORENO al RAIS el 29 de julio de 1996 con efectividad a partir del 01 de septiembre de 1996, por intermedio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Condenó a OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, junto con los gastos de administración los cuales debe asumir con carga a sus propios recursos. A su vez condenó a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de los gastos de administración con cargo a sus propios recursos en el término de un mes y declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones a quien le ordenó actualizar la historia laboral. Llegó a tal determinación luego de establecer que PORVENIR no probó que la información brindada a la afiliada fuese completa, oportuna y veraz, máxime cuando la demandante se trasladó en varias ocasiones a esa AFP, considero no ser suficiente el formulario de afiliación pues este tan solo acredita un consentimiento, pero no informado. Recalcó que los traslados horizontales no ratifican ni convalidan el traslado inicial, como quiera que la ineficacia no se subsana con el paso del tiempo, pues ello no ocurre cuando aquello que se pretende sanear no ha producido efectos, resaltó que el deber de información siempre ha existido, por lo que no es dable el hecho de que CORREDOR MORENO no fuese beneficiaria del régimen de transición, ya que el cumplimiento al deber de información debe garantizarse a todos los afiliados al SGSS sin distinción alguna. Concluyó que se configura la ineficacia ya que conforme a lo consagrado en el art. 13 de la Ley100/93 esta se estructuró al momento de no documentar de manera clara y suficiente las consecuencias que acarreó el traslado de régimen pensional de la parte actora. Frente a la excepción de prescripción, manifestó que al estar intrínsecamente ligada la ineficacia con el derecho pensional, esta debe cobijarse bajo la misma prerrogativa, por lo que es imprescriptible tal como lo ha expresado la CSJ.

### **Recurso de Apelación.**

La demandada **AFP OLD MUTUAL**, dijo que no es dable la devolución de los gastos de administración, como quiera que son emolumentos consagrados en la ley100/93, tales sumas cubren a la afiliada en caso de riesgo por invalidez y muerte y ya no están en las arcas de la administradora por ser una contraprestación a los servicios suministrados a CORREDOR MORENO. Manifestó que en caso de confirmarse la decisión y si la finalidad de la declaratoria de nulidad del traslado es retrotraer los efectos, se entiende que la demandante deberá devolver los rendimientos generados pues de lo contrario constituiría un enriquecimiento injustificado por parte de la promotora del proceso, máxime cuando los rendimientos sobre su cuenta son consecuencia de la gestión realizada por la AFP.

**PROTECCIÓN S.A.** manifestó no estar de acuerdo con la devolución de los gastos de administración dado que constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones ya que dicha comisión no está destinada a financiar la pensión de vejez de la actora, pues es suficiente con la devolución de sus aportes, rendimientos y bonos pensionales, aunado a que lo pretendido debió ser reclamado en los términos del artículo 151 del CPST. Indicó que en la comisión de administración se incluyó la cobertura a los riesgos de sobrevivencia e invalidez, sumas que ya fueron pagadas a las aseguradoras las cuales no pueden ser devueltas al ser estas entidades un tercero de buena fe. Señaló que, en caso de confirmarse

la decisión, debe analizarse la condena en torno a la causación de perjuicios, máxime cuando la demandante no demostró la causación de los mismos.

La **AFP PORVENIR** no comparte la decisión del A quo, pues adujo que la demandante en su interrogatorio de parte mencionó las características propias del RAIS, por lo cual debe entenderse que, al momento del traslado, ella conocía las consecuencias que este acarrearía. Indicó que la parte actora incumplió con su deber de diligencia y cuidado de sus propios negocios pues no se preocupó de indagar sobre su futuro pensional desde el momento de la vinculación con esa AFP y su única motivación recae en el valor de la mesada pensional. Recalcó que no se probó la existencia del dolo como vicio del consentimiento, para que se declare la nulidad del traslado, toda vez que la actora decidió de manera libre y voluntaria efectuar el traslado de régimen pensional, decisión que ratificó al momento de suscribir el formulario de afiliación. Manifestó que no es procedente la devolución de gastos de administración, toda vez que estos valores tienen por mandato legal una destinación específica, además de que ya no se encuentran en las arcas de la AFP e indicó que todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de Ana Margarita Corredor, fueron trasladados a Skandia.

**COLPENSIONES**, solicita se revoque el fallo, como quiera que el traslado de régimen pensional se hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones, además de que no se probó la existencia de vicios en el consentimiento en los términos de los artículos 1752 y 1754 del Código Civil, para que se declare la nulidad del traslado. Indicó que conforme al art. 1750 del Código Civil, CORREDOR MORENO solo podía haber solicitado la rescisión del contrato de afiliación dentro de los cuatro años siguientes a su cambio de régimen pensional, por lo que su traslado entre administradoras saneo cualquier vicio del consentimiento que hubiese existido por lo que el desconocimiento de las normas no sirve de excusa para alegar su propia negligencia. Concluyó que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera que cobija al RPM y pidió ser absuelta de la condena en costas dado que su actuar siempre estuvo revestido de buena fe.

## 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 pensional, la orden de devolución de los gastos de administración y sus respectivas consecuencias.

### **Reclamación Administrativa.**

Fue agotada en legal forma el 07 de junio de 2019 como se desprende del folio 79, en la que solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen pensional, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional.**

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 12 de julio de 1996 cuando suscribió el formulario de afiliación con HORIZONTE hoy PORVENIR

(fl. 232) y las posteriores afiliaciones entre administradoras que datan del: 12 de enero de 2000 a COLFONDOS (fl. 212) según consulta SIAFP, 23 de julio de 2002 a PORVENIR S.A. (fl. 233), 05 de octubre de 2009 a SKANDIA hoy OLD MUTUAL (fl. 125), el 12 de octubre de 2010 retorna nuevamente a COLFONDOS (fl. 212) conforme consulta SIAFP, 15 de marzo de 2012 a ING hoy PROTECCIÓN (fl. 256) y el 20 de octubre de 2016 a OLD MUTUAL (fl. 126) quien es su actual administradora. Ahora si bien no se aportó los formularios de traslado a COLFONDOS, este hecho se corrobora con la consulta en el SIAF que reposa a folio 212, aunado a que fue un hecho aceptado por esa AFP.

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

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega la nulidad del acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias. Al respecto encuentra La Sala que si bien la demandante el día 12 de julio de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE (fl. 232), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

fondos de pensiones, 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 afiliada. Esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, siendo responsabilidad de la AFP dejar claras las implicaciones de esa decisión. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos dentro de los que se encuentra la fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup>, reiterado en la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora del fondo de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), 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 (SL4811-2020, SL4373-2020, SL1688-2019), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como lo pretende Colpensiones y Porvenir.

---

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

<sup>3</sup> "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación*

Nada de lo anterior demostró la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, entidad que asumió la afiliación al RAIS, ni las demás administradoras a las que la actora se afilió con posterioridad, ya que todas se limitaron a indicar que a la demandante se le brindó la información necesaria para trasladarse tanto de regímenes como de fondos, no obstante ninguna de las AFP demostró el ejercicio del deber del buen consejo en los términos expuestos por la SL CSJ (SL1689-2019, SL1452-2019) ni el cumplimiento al deber de información, pues si bien CORREDOR MORENO mencionó en el interrogatorio de parte algunas características del RAIS, lo cierto es que solo hasta el momento que alcanzó el requisito de edad, conoció de las consecuencias que le había acarreado la decisión del traslado, de ahí que en ese momento acudió a efectuar la respectiva proyección, no obstante el hecho de brindar información sobre las características generales del RAIS, 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.

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<sup>4</sup>) y es por esto, que el argumento de que los vicios del consentimiento fueron saneados con el traslado entre administradoras del mismo régimen, no es razón suficiente para convalidar su decisión de cambio, 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 a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsa del Pilar Cuello Calderón.

En lo que respecta a la falta de diligencia y cuidado de los negocios de la demandante, lo que La Sala advierte es una falta absoluta a las obligaciones establecidas a la entidad que administra el régimen de ahorro individual, en este caso Porvenir quien apela este ítem, pues claramente ha incumplido con sus deberes especiales, como lo es por ejemplo

---

*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"*

<sup>4</sup> *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».*

*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.*

suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el afiliado de cara al producto y servicio ofrecido.

### **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 alegada por Protección, es de resaltar que no puede exigírsele a la demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace más de 20 años tomó 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 las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

### **Devolución por concepto de gastos de administración.**

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de recordar que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional 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 reiterada 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 del juez de ordenar a las AFP devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, sin que exista enriquecimiento injustificado a favor de la demandante y como OLD MUTUAL es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la promotora del proceso, es 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 encuentran 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 período. En cuanto a los gastos de administración alegados por la AFP PORVENIR, esta expone que tal rubro ya fue trasladado a SKANDIA hoy OLD MUTUAL, no obstante, la AFP en el recurso justifica el descuento de este concepto por estar establecido en la ley. En ese orden, no se tiene certeza si este concepto ya lo trasladó a OLD MUTUAL, por ende, la decisión del A quo no se modifica, y en caso de que OLD MUTUAL ya cuente con ellos, se tendrá por satisfecho lo ordenado por la Juez.

En cuanto al principio de la sostenibilidad financiera alegado por COLPENSIONES, es de recordar que este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-2020<sup>5</sup>) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020<sup>6</sup>, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

## **COSTAS**

Respecto a la condena en costas impuesta a Colpensiones, es de indicar que el numeral 1º del artículo 365 del CGP, señala, que las mismas se imponen a la parte vencida en el proceso, sin que sea pertinente entrar a estudiar la complejidad del asunto o la buena fe. No obstante, en este caso quien presentó oposición respecto de la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional y quien solicita la revisión de este ítem, es la administradora Colpensiones, por lo que ante la improsperidad del recurso, resulta procedente confirmar las de primera instancia y la imposición de costas en la alzada.

Finalmente, sobre los artículos 1750, 1752 y 1754 del Código Civil citados por Colpensiones, La Sala precisa resaltar que este tipo de procesos se aborda desde la óptica de la ineficacia del traslado en virtud de la falta al deber de información por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual, por lo que no es dable para la demandante, prever con antelación las consecuencias que le pudiesen acarrear el traslado de régimen pensional, pues su decisión obedeció a una deficiente asesoría y falta de diligencia por parte de la AFP, y en razón a que PORVENIR no accedió a la solicitud de nulidad de traslado, debió acudir al proceso ordinario para así poder retornar al RPM y garantizar su futuro pensional, entonces, no se puede considerar que CORREDOR MORENO debía solicitar la rescisión del contrato de

---

<sup>5</sup> El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

<sup>6</sup> "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."

afiliación dentro de los términos descritos los artículos citados, toda vez que para el momento del traslado aún se encontraba en proceso de estructuración su derecho pensional.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de las entidades apelantes 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**

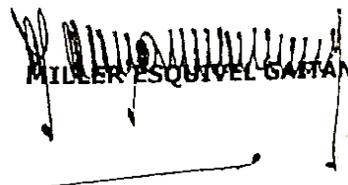
**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de octubre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

  
**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BERENICE ROMERO CABALLERO  
CONTRA COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.  
Rad. 2019 00603 01- Juz 9.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto 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**

BERENICE ROMERO CABALLERO demandó a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 30.

- Se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante de ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A.
- Se declare el regreso automático de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.
- Se ordene y condene a la AFP COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores recibidos por cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos e intereses como dispone el artículo 1746 del C.C.
- Se ordene que la demandante continúe afiliada a COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida.
- Se ordene a COLPENSIONES recibir todos los aportes girados por COLFONDOS S.A.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas, gastos y agencias en derecho

Los hechos de la demanda se describen a fls. 28 a 30. Indica que la demandante nació el 30 de noviembre de 1959 y laboró para entidades públicas y privadas desde 1981 hasta la fecha. Se afilió a ISS hoy COLPENSIONES donde cotizó 557,86 semanas y el 11 de marzo de 2001, se trasladó a COLFONDOS S.A. donde a la fecha aparece con 1097 semanas de cotización. Manifiesta que para el traslado de régimen, no se le asesoró sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen y se omitió la información relacionada con el valor de la mesada pensional así como de las modalidades que existían en el régimen de ahorro individual o que para trasladarse debían faltarle más de 10 años para cumplir la edad de pensión; como tampoco le informaron cuál era el capital que debía ahorrar para tener derecho a la pensión. El argumento de COLFONDOS S.A. fue que podía obtener una mesada pensional por mayor valor que en el ISS sin realizar una proyección del valor que recibiría cuando cumpliera los requisitos. Informa que el 13 de agosto de 2019, presentó reclamación administrativa la que fue respondida negativamente al día siguiente.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad el 29 de noviembre de 2019 (fl. 50) y corrido el traslado a las demandadas, contestaron de la siguiente manera:

### **La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

(fl. 74 a 83).

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante y la afiliación al fondo, así como la reclamación administrativa. m
- Propuso como excepciones de fondo; cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución nacional adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y genérica.

**COLFONDOS S.A.**- conforme al auto del 4 de marzo de 2020 (fl. 85) se aceptó el allanamiento presentado por esta demandada con escrito del 17 de febrero de 2020, mediante el cual manifestó que no se opone a las pretensiones de la demanda y no propuso medio exceptivo alguno.

### **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 que realizó BERENICE ROMERO CABALLERO entre el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS el 11 de marzo de 2001. Ordenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades y a COLPENSIONES a reactivar su afiliación y recibir los conceptos trasladados. Declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES. Llegó a esa determinación luego de establecer que conforme a la jurisprudencia le correspondía la carga de la prueba al Fondo demandado e indicó que la información suministrada a la demandante en el año 2001, no comprendió las características del régimen ni las consecuencias jurídicas y riesgos que le acarrearía el traslado por lo que se incumplió con el deber de información, razón por la que declaró la ineficacia del traslado de régimen y ordenó el traslado de las sumas por aportes, rendimientos y demás que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y condenó en costas a COLFONDOS.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES;** inconforme con la decisión manifestó que no solo era obligación del Fondo si no también de la demandante conforme al artículo 1495 del C.C. y la sentencia SL- 2810 de 2019, donde se indica que existe una afiliación tácita cuando se guarda silencio frente a la afiliación el que no exonera al afiliado de concurrir suficientemente informado al traslado pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa, aunado a que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, por lo que la carga de la prueba estaba en cabeza de la parte actora y en este caso a la

demandante le faltaban menos de 10 años para el traslado, por lo que no podría darse el traslado del régimen pensional.

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

**Parte demandante:** Pide se confirme la sentencia proferida, en razón a que se encuentra ajustada a derecho y que COLFONDOS no demostró haber cumplido con el deber de información, que debía garantizar al momento del traslado e igualmente se allanó a la demanda y no presentó prueba alguna.

**Parte demandada:** COLPENSIONES pide se revoque el fallo, ya que el traslado pedido por la actora al régimen de prima media no se puede efectuar por estar inmersa en una prohibición legal de la edad requerida, así como tampoco cumple los parámetros de las excepciones para efectuar su traslado, ni es beneficiaria del régimen de transición; no probó que le hayan dado una información que vicie su consentimiento para realizar el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y que en ese entonces no contaba con una expectativa legítima para adquirir su pensión.

**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*"; los cuales se limitan 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 19 de agosto de 2019 (fls. 45 a 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 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 11 de marzo de 2001, cuando se vinculó a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. conforme al formulario de afiliación que reposa a folio 20.

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que los hechos de la demanda que sirven de fundamento a las pretensiones indican que en el año 2001 época para la que la actora tomó la decisión de trasladarse de régimen, no existió una información adecuada respecto a las ventajas y desventajas, así como las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen. Al respecto, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación que obra a folio 20 con el que solicitó el traslado a COLFONDOS el 11 de marzo de 2001, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; lo cierto es que para esta Sala el diligenciamiento de

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministrara la información veraz y suficiente, en la cual quedarán 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 Villegas<sup>2</sup> 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 a futuro 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 y desventajas del traslado; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la afiliada, pues cuando esta afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó la inversión 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 proyectará en ese momento, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde; además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento, como lo pretende la recurrente en este caso.

---

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

<sup>3</sup> *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información."*

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

Nada de lo anterior demostró el fondo aquí demandado, **quien se allanó a las pretensiones de la demanda**, y asumió la afiliación que hizo la demandante sin hacer manifestación u oposición alguna respecto a las pretensiones, y mucho menos acreditó de modo alguno haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen de ahorro individual o de haber efectuado una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actualizando el mismo IBC o haber informado cuánto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 13 años para alcanzar la edad de pensión.

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 ), para lo que se hace necesario 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 Calderón<sup>1</sup>, 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, 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*

---

*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"*

*consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

Sobre la carga de la prueba, indica la recurrente que esta no se encontraba en cabeza del Fondo demandado, máxime cuando no es quien apela. Es de tener en cuenta que en sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019 y más recientemente en la sentencia 4680 de 2020, posterior a la citada por la parte de COLPENSIONES, la alta Corporación señaló respecto a la obligación de la información que los fondos privados de pensiones, que deben demostrar la existencia de un consentimiento informado del afiliado, atribuyendo a las AFP la carga de la prueba, por precisar que, el afectado que alega no haber recibido la información debida, se encontraría en “una posición probatoria complicada cuando no imposible o de desventaja, en el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar”.

Tuvo en cuenta que la inversión de la carga de la prueba en estos eventos, opera en favor de los afiliados, toda vez que los mismos se constituyen en la parte débil del vínculo contractual, como sucede en el sector financiero, donde las entidades cuentan con una posición superior “en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación”.

Por las razones expuestas se **CONFIRMA** la sentencia recurrida.

### **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 la apelante.

### **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 Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de octubre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

**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 CLAUDIA ELIZABETH BARRIOS PEÑUELA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A. Rad. 2019 00468 01- Juz 4º.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto 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 ELIZABETH BARRIOS PEÑUELA demandó a OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 4 y 5 y que a continuación se concretan:

- La nulidad absoluta del traslado del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual atendiendo la falta de información bajo la cual se suscribió la afiliación al RAIS.
- Para todos los efectos legales la demandante nunca estuvo afiliada al régimen de ahorro individual.
- Que como consecuencia de lo anterior, se declare que la demandante se encuentra inscrita en el régimen de prima media con prestación definida administrador por COLPENSIONES
- Se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de régimen pensional que fue solicitado el 5 de febrero de 2019

- Se condene al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la afiliada
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 10. Indica que la demandante nació el 27 de diciembre de 1962, que cotizó al ISS como trabajadora del Hospital de Suba a partir del 18 de junio de 1984 hasta el 28 de febrero de 1998 y desde octubre de 1998 al 31 de enero de 1999 con la empresa ANGA S.A. y posteriormente entre el 20 de noviembre de 2000 al 1º de octubre de 2004 con Laboratorios PROVET S.A. Que inició a cotizar con AFP PROTECCIÓN desde el 20 de noviembre de 2000. Informa que solicitó a PORVENIR S.A. copia del formulario de afiliación y mediante comunicación del 6 de diciembre de 2018 le informaron que no había sido localizado y le anexaron copia de la denuncia penal respectiva por lo que no existe documento que acredite la afiliación. Que el 15 de septiembre de 2006 suscribió formulario de afiliación con OLD MUTUAL S.A. y posteriormente el 27 de septiembre de 2012 con la AFP PROTECCIÓN S.A. lo que hizo por cuanto como empleada de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – COMPENSAR S.A. se les indicó que debían estar afiliados a OLD MUTUAL por razones estratégicas entre las dos entidades, sin informarle los efectos jurídicos que traía tal decisión para su futuro pensional.

Manifestó que cuenta con 1547 semanas de cotización y que el 7 de diciembre de 2018 solicitó información sobre su mesada pensional a la AFP PROTECCIÓN S.A. donde le manifestaron que la misma sería de un salario mínimo legal, mientras que en el régimen de prima media sería de \$1.998.857, por lo que salta a la vista lo desfavorable del traslado de régimen, por lo que radicó la solicitud de nulidad e ineficacia del traslado lo que fue negado por las accionadas.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad el 29 de julio de 2019 (fl. 117) y corrido el traslado a las demandadas y a la

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contestaron la demanda de la siguiente manera:

**La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (fls. 139 a 147)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la afiliación y cotizaciones al régimen de prima media, así como el agotamiento de la reclamación administrativa.
- Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y genérica.

**FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** (fls. 163 a 171)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, respecto a la afiliación y a la solicitud de ineficacia del traslado y la respuesta.
- Formuló como excepciones de fondo las de declaración de manera libre y espontánea de la demandada al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

**La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (fls. 232 a 261)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación 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 nulidad de la afiliación que hizo la demandante al régimen de ahorro individual administrado hoy por la AFP PROTECCIÓN S.A. y la tuvo como válidamente afiliada a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos y ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Llegó a esa determinación al encontrar que la responsabilidad de la información recaía en las Administradoras de Fondos de Pensiones por lo que para que se considere que el traslado se dio voluntariamente, debía acreditar la información suministrada, carga de la prueba que le correspondía al Fondo que era quien se encontraba en condiciones de hacerlo, sin que se aportara por el Fondo prueba alguna respecto a la información sobre las consecuencias jurídicas del traslado, razón por la que declaró la ineficacia del traslado y ordenó al Fondo devolver los aportes efectuados junto con los rendimientos y a COLPENSIONES a afiliarla al régimen de prima media y a recibir los dineros.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES.-** Inconforme con la decisión, alega que a su juicio la afiliación es un acto bilateral, para lo que le cita la sentencia SL-2810 de 2020 respecto a la afiliación tácita por cuanto la accionante guardó silencio en cuanto a las deficiencias de la afiliación ya que existe un deber de información, por lo que le correspondía a la demandante indagar cuál régimen le era más beneficioso y ella nunca se acercó a investigar sobre su derecho pensional y decidió aceptar las condiciones del régimen y además se trasladó entre AFP del mismo régimen. Considera que era cierto que el ISS se iba a acabar por lo que no existió ningún

engaño a la demandante y que la Ley 797 de 2003 estableció la prohibición de traslado cuando le faltan menos de 10 años, situación que se ajusta al caso en estudio.

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

**Parte demandante:** Pide se confirme el fallo proferido debido a que la AFP no cumplieron con su carga probatoria y no demostraron haber brindado la información completa a la accionante al momento del traslado de régimen como era su deber.

**Parte demandada:**

**COLPENSIONES:** Requiere se revoque la decisión proferida ya que la demandante no cumple los requisitos legales para que le sea realizado el traslado de régimen pensional en la actualidad; que la AFP cumplió con su deber de información al momento del traslado de régimen según la ley; que su silencio y permanencia en este régimen por varios años generó una aceptación tácita de las condiciones de la afiliación en la que estaba y que no cumplió con sus deberes de consumidora financiera de informarse de cada uno de los regímenes en el momento del traslado.

**PORVENIR:** Solicita se revoque la sentencia proferida en razón a que en este caso no se presentó ningún vicio en el consentimiento de la accionante a la hora de cambiar de régimen pensional; que el documento de afiliación es público y se presumen auténtico: que no se probó ninguna causal de nulidad por parte del demandante ya que se le garantizó el derecho de retracto a la actora se cumplió con el deber de información correspondiente. Manifiesta que el traslado de todos los dineros a COLPENSIONES generaría un enriquecimiento sin justa causa al Fondo por lo que se deben descontar los gastos de administración o las primas de seguro.

**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”, los cuales se limitan 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 5 de febrero de 2019 (fls. 107 a 107), 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 20 de noviembre de 2000, y se vinculó el 15 de septiembre de 2006 a la AFP HORIZONTE hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y posteriormente a PROTECCIÓN S.A. el 27 de septiembre de 2012 según la historia laboral y el formulario que reposa a folio 177

### **COLPENSIONES.-**

**Validez del traslado de régimen.**- En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega en los hechos de la demanda que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, los asesores de las AFP no le suministraron la información necesaria, lo que la indujo a error. Al respecto, si bien la actora se trasladó al Fondo el 20 de noviembre de 2000 y diligenció posteriores vinculaciones el 15 de septiembre de 2006 y a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 27 de septiembre de 2012, con lo cual cumpliría los

requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, lo que fue aceptado por el demandante; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación.

Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>2</sup> "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, 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"

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 y desventajas del traslado; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el afiliado, pues cuando este afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó la inversión 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 proyectara en ese momento, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación; aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

<sup>3</sup> *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

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

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

Nada de lo anterior demostraron los fondos aquí demandados, entidades que asumieron la afiliación que hizo la demandante, puesto que allegaron los formularios de solicitud de vinculación diligenciados por la actora, pero no acreditaron 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 actualizando el mismo IBC.; o cuánto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 17 años para alcanzar la edad de pensión.

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 ), 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.

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 Calderón<sup>1</sup>, 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 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", razones por las que no es de recibo lo manifestado por la recurrente en cuanto a que le correspondía a la demandante investigar sobre el tema, como tampoco respecto la afectación a la sostenibilidad financiera de ninguno de los demandados ya que no se ven afectados cuando los recursos que se trasladan del fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del

régimen de prima media con prestación definida, sin que pueda tenerse en cuenta la sentencia SL 2810 de 2020 citada por la recurrente, entre otras razones, por cuanto no se trata de un caso similar al aquí planteado y porque sobre el punto de la voluntad libre y espontánea para el traslado de régimen se han efectuado diferentes pronunciamientos por la Corte Suprema de Justicia en torno al tema en específico y que se mencionaron al inicio de esta providencia, por lo que no es de recibo su argumento.

En consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y Rad. 31989 del 8 sep. 2008<sup>4</sup>, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES (SL2877-2020<sup>5</sup>). Bajo los anteriores razonamientos se confirmará la sentencia apelada.

**COSTAS.-** Las de primera se confirman. Costas de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos m/l (\$500.000=)

## DECISIÓN

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

---

<sup>4</sup> "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."

<sup>5</sup> El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

## RESUELVE

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de noviembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

**EN PERMISO**

**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**