

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 JENNY MARCELA IGUARÁN OLAYA
CONTRA UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA Rad. 2019 – 00553 - 01 Juz.
32.**

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

JENNY MARCELA IGUARÁN OLAYA demandó a la **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 a 5 del archivo 1 del expediente digital.

- Existencia de contratos de trabajo.
- Salarios.
- Prestaciones sociales.
- Indemnización por no pago de cesantías.
- Vacaciones.
- Indemnización moratoria.
- Primas legales y extralegales.
- Indemnización por despido indirecto.
- Indexación.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 a 7 del archivo 1 del expediente digital. El día 16 de enero de 2017, firmó contrato a término fijo, hasta el 20 de

diciembre de 2017, desempeñó el cargo de docente en el programa de ingeniería industrial, el salario acordado ascendió a la suma de \$2.614.000. Del mencionado contrato se le adeudan 20 días de trabajo de diciembre de 2017 esto es, \$1.742.667, tampoco se le ha cancelado la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, ni primas extralegales. Suscribió el 16 de enero de 2018 nuevo contrato a término fijo, hasta el 21 de diciembre de la misma anualidad, para continuar en el cargo de docente, el salario fue de \$2.719.000. La universidad solo pago lo correspondiente al mes de enero, pero se sustrajo se sus obligaciones como patrono a partir del mes siguientes. El 18 de junio de ese año, dio por terminado el contrato de manera unilateral por la falta de pagos, la universidad le solicitó reconsiderar su decisión, no obstante, fue confirmada mediante comunicación del 23 de junio de 2018, data la para cual la universidad le agradeció por los servicios prestados, y le invitó a comunicarse con el área administrativa para lo concerniente a la liquidación final de prestaciones. El 8 de noviembre de ese año, radicó derecho de petición para solicitar una fecha exacta para el pago de sus acreencias, la universidad indicó que a medida que tuviera flujo de caja se pondría al día con las obligaciones. Solicitó ante el Ministerio del Trabajo audiencia de conciliación, la cual fue realizada el 2 de febrero de 2019, la que se declaró fracasada porque la Institución no podía establecer una fecha exacta para el pago de las acreencias. Fue afiliada al sistema general de seguridad social pero los aportes nunca fueron realizados.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del circuito de Bogotá mediante auto del 12 de septiembre de 2019 (fl. 30 archivo 1 Exp. Digital) y corrido el traslado, la accionada **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** contestó en los términos del escrito visible a folios 2 a 49 del archivo 2 del expediente digital y 2 a 3 del archivo 5 del expediente digital (subsanción de la contestación).

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la existencia de dos contratos de trabajo entre las partes por calendario académico, el pago del salario de enero de 2018 y la audiencia de conciliación a la que fue citada y se declaró fracasada.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, ausencia de despido indirecto, cobro indebido de la indexación, fuerza mayor, improcedencia de la sanción moratoria Art. 65 C.S.T., improcedencia de

la sanción moratoria Art. 99 Ley 50/1990, improcedencia pago de prestaciones extralegales, buena fe, falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que:

"PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de improcedencia de la sanción moratoria Artículo 99 Ley 50/1990 e improcedencia pago de prestaciones extralegales y **NO PROBADAS** las demás excepciones, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la demandante **JENNY MARCELA IGUARÁN OLAYA** y la demandada **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** existieron dos contratos de trabajo a término fijo, el primero de ellos del 16 de enero de 2017 al 20 de diciembre de 2017 y el segundo del 16 de enero de 2018 al 18 de junio de 2018, último de los cuales terminó por una causa imputable al empleador.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** a pagar a la demandante los siguientes valores y por los siguientes conceptos:

Salarios: \$14'250.067

Cesantías: \$3'588.047

Intereses a las cesantías: \$330.560

Vacaciones: \$1'794.024

Prima de servicios: \$2'389.964

Indemnización Art. 64 C.S.T.: \$16'585.900

CUARTO: CONDENAR a la demandada **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** a pagar a la demandante la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. respecto de cada uno de los contratos suscritos así: Por el contrato del año 2017 en razón de un día de salario por cada de retardo y hasta por 24 meses contados del 21 de diciembre de 2017 al 20 de diciembre de 2019 la suma de \$62'736.000 y a partir del 21 de diciembre de 2019 pagará intereses moratorios a la suma más alta certificada por la Superintendencia Financiera sobre lo adeudado por concepto de salarios y prestaciones sociales de dicho contrato; y respecto del segundo de los contratos pagará indemnización moratoria a partir del 19 de junio de 2018 a razón de un día de salario por cada día de retardo y hasta el 18 de junio de 2020 en cuantía de \$65'256.000 y a partir del 19 de junio de 2020 pagará intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera sobre lo adeudado por concepto de salarios y prestaciones sociales.

QUINTO: CONDENAR a la demandada **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** a pagar lo adeudado por concepto de vacaciones e

indemnización por terminación del contrato de trabajo de manera indexada desde la fecha de causación hasta el momento de su pago definitivo. (...)”

Llegó a esta determinación luego de corroborar que existió un incumplimiento contractual por parte de la demandada porque si bien atraviesa una situación económica difícil, tal aspecto no era un argumento válido para el incumplimiento de las acreencias laborales de sus trabajadores, ya que su obligación principal como empleador era pagar los salarios, prestaciones sociales y realizar los aportes a seguridad social en tiempo. De otra parte, consideró que la terminación del contrato se dio por causa imputable al empleador, lo que da lugar a condenar a la universidad por despido indirecto, por cuanto la trabajadora al no recibir el pago de sus salarios estaba viéndose perjudicada, además se da uno de los presupuestos que consagra el Art. 62 del C.S.T. (numeral 6, literal B) y se cumplió con lo establecido en el párrafo de la misma norma respecto de la renuncia válidamente motivada. En cuanto a los beneficios extralegales, adujo que no se demostró que la demandante contara con esos beneficios, la universidad cumplió con los aportes a seguridad social conforme se demuestra con las planillas que aportó, por lo que no accedió a la petición de condena por la no realización de aportes. De otro lado, aseveró que sí procede la indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del C.S.T. por cuanto los trabajadores no deben ser quienes asuman las consecuencias de las crisis económicas y malos manejos dados a la Universidad, ellos debieron seguir recibiendo su salario y prestaciones conforme a los plazos acordados, toda vez que los trabajadores estaban cumpliendo con sus obligaciones.

Recurso de Apelación

El apoderado de la parte demandada precisa que el incumplimiento de las obligaciones laborales se dio por una situación administrativa imprevisible, no por una decisión caprichosa, por lo que no puede condenarse el pago de sumas que harían aún más gravosa la situación económica de la demandada, además, sostuvo que la universidad se encuentra intervenida por el Ministerio de Educación, lo que provoca que los recursos que se reciben sean destinados directamente a garantizar el cumplimiento al derecho a la educación de los alumnos inscritos en sus diversos programas. También adujo que existe un plan de pagos a fin de cumplir con todas las acreencias laborales adeudadas, el que no es posible ejecutar hasta tanto el flujo de caja mejore y puedan ser escalonadas todas las obligaciones pendientes. En cuanto a la indemnización por despido, precisa que éste nunca lo hubo, no se

acreditó la existencia de un trato discriminatorio u hostil que motivara a la trabajadora a renunciar, la omisión de los pagos afectó a todos los trabajadores dentro del orden jerárquico, pero no ocurrió por una actuación de mala fe de la universidad, argumento con el que busca que se revoque también el numeral atinente a la condena de la indemnización moratoria.

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

Las partes no hicieron uso de 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 la crisis económica que atraviesa la universidad es una causa válida para incumplir las obligaciones laborales a cargo y sustraerse del pago de las prestaciones sociales en tiempo, además se va a determinar si existió un despido indirecto.

Análisis del material probatorio.

Se cuenta con el **interrogatorio de parte** rendido por la demandante **JENNY MARCELA IGUARÁN OLAYA**, quien indicó que presentó renuncia por el reiterado incumplimiento en los pagos acordados, indicó que si conocía de la situación financiera de la universidad por ser miembro del comité docente durante la ejecución del primer contrato de trabajo, además sostuvo que siempre cumplió con las obligaciones derivadas de su cargo pero que no podía continuar trabajando de manera gratuita.

En el **interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la Institución**, se acepta que se presentaron incumplimientos en los pagos de salarios y prestaciones sociales de la demandante, pero que los mismos se dieron en razón a una crisis financiera y no por una actuación negligente de la Institución, ellos nunca

se han negado a pagar lo adeudado pero la coyuntura actual de la Universidad dada la intervención del Ministerio de Educación Nacional ha generado que todos los recursos que ingresan a la Institución se destinen a garantizar el derecho a la educación de sus estudiantes. Sostuvo que existe un plan de pagos aprobado para cancelar todas las acreencias de la demandante y de los demás trabajadores pero que ello está condicionado a que mejoren las condiciones económicas de la Universidad y exista un mayor flujo de caja, lo cual en la actualidad no ha ocurrido.

Como pruebas documentales se cuenta con el contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes junto con la manifestación de adhesión al plan de beneficios de la universidad, de fechas del 16 de enero de 2017 y 16 de enero de 2018 (fls. 10, 11, 12 y 13 del archivo 1 Exp. Digital), carta de renuncia presentada por la trabajadora el 18 de junio de 2018, con sello de recibido de la misma fecha (fl. 14 archivo 1 Exp. Digital), y su respuesta (del 20 de junio de 2018) con nota de agradecimiento y solicitud de reconsideración de la decisión (fl. 15 archivo 1 Exp. Digital), aceptación de la renuncia con indicación de que debe comunicarse para saber la fecha en la que se le pagaría su liquidación de prestaciones sociales (fl. 27 Archivo 1 Exp. Digital), derecho de petición del 1 de noviembre de 2018, en el que se solicita una fecha exacta de pago de salarios y prestaciones adeudadas con respuesta del 13 de noviembre de 2018 en la que indica que una vez ingrese flujo de caja suficiente procederán con los pagos pendientes. (fls. 16 y 17 archivo 1 Exp. Digital), constancia de no conciliación No. 1869 del 11 de febrero de 2019, expedida por la inspección de trabajo y seguridad social RCC15 de la dirección territorial Bogotá del Ministerio del Trabajo (fls. 18 y 19 archivo 1 Exp. Digital) y certificado de existencia y representación legal de la Universidad INCCA de Colombia (fls. 20 y 21 archivo 1 Exp. Digital).

También se allegó Resolución 003503 del 2 de abril de 2019, emitida por el Ministerio de Educación Nacional *"por la cual se ordenan medidas preventivas y de vigilancia especial para la Universidad INCCA de Colombia en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia"* (fls. 3 a 55 Archivo "anexos compressed" de la carpeta 3 "Anexos contestación demanda" del Exp. Digital), Resolución 20383 del 16 de diciembre de 2015 en el mismo sentido (fls. 56 a 70 Archivo "anexos compressed" de la carpeta 3 "Anexos contestación demanda" del Exp. Digital), Resolución 8009 del 2016, que resuelve un recurso de reposición contra Resolución 20383 (Archivo PDF dentro de la carpeta 3 "Anexos contestación demanda" del Exp. Digital),

certificado de tradición y libertad inmueble con matrícula inmobiliaria No. 50C-38265 de la ORIP de Bogotá Zona Centro donde se registra en la anotación No. 13 embargo por jurisdicción coactiva a favor del ICETEX (fls. 71 a 75 Archivo "anexos compressed" carpeta 3 "Anexos contestación demanda" del Exp. Digital), certificado de tradición y libertad inmueble con matrícula inmobiliaria No. 50C- 989572 de la ORIP de Bogotá Zona Centro donde se registra en la anotación No. 26 embargo por jurisdicción coactiva a favor de la UGPP y en la anotación No. 27 embargo por jurisdicción coactiva a favor del ICETEX (fls. 76 a 84 Archivo "anexos compressed" carpeta 3 "Anexos contestación demanda" del Exp. Digital), certificado de tradición y libertad inmueble con matrícula inmobiliaria No. 50C-324783 de la ORIP de Bogotá Zona Centro, con registro en la anotación No. 13 embargo por jurisdicción coactiva a favor de la UGPP y en la anotación No. 14 embargo por jurisdicción coactiva a favor del ICETEX (fls. 85 a 89 Archivo "anexos compressed" carpeta 3 "Anexos contestación demanda" del Exp. Digital), certificación expedida por el director jurídico de la universidad donde constan los embargos por procesos ejecutivos que recaen en cada uno de los inmuebles de la Institución (fls. 90 y 91 Archivo "Anexos contestación compressed" carpeta 3 "Anexos contestación demanda" del Exp. Digital), estados financieros de los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019 del establecimiento educativo (5 archivos PDF dentro de la carpeta 3 "Anexos contestación demanda" del Exp. Digital), planilla de aportes a seguridad social de los periodos contractuales acordados entre las partes (fls. 4 y 5 archivo 5 Exp. Digital) y plan estratégico para la sostenibilidad 2019-2022 (fls. 6 a 66 archivo 5 Exp. Digital).

De conformidad con todo lo anterior, en lo que respecta a la **indemnización moratoria**, la cual no procede automáticamente, sino que se deben analizar las circunstancias que rodean la falta de pago y la conducta del empleador, La Sala, precisa que si bien no desconoce las medidas de salvamento impuestas por el Ministerio de Educación a la demandada en el marco de la vigilancia especial a que se encuentra sometida de conformidad con la Ley 1740 de 2014¹, así como las diversas resoluciones emitidas por el Ministerio de Educación Nacional (Resolución 003503 del 2 de abril de 2019 *"por la cual se ordenan medidas preventivas y de vigilancia especial para la Universidad INCCA de Colombia en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia"* y la Resolución 010067 de 23 de Septiembre

¹ Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones.

del mismo año que reemplaza al presidente titular y representante legal de la Institución), lo cierto es que tales circunstancias no la exime de sustraerse del pago de sus obligaciones como empleador, máxime cuando se advierte que la vinculación entre las partes fue gobernada por un contrato de trabajo para docente por periodo académico que se desarrolló y finalizó antes de las intervenciones aludidas. Así las cosas como nunca estuvo en discusión la mora de la demandada en el pago de sus obligaciones como empleador y sin que la situación financiera sea una causal válida para sustraerse de estos pagos, se colige que la sanción moratoria impuesta resulta procedente.

En lo que respecta a la **indemnización por despido injusto**, es de recordar que basta con que el trabajador demuestre el hecho del despido injustificado para que proceda tal pedimento. En el asunto, no se discute que la parte actora presentó ante la demandada renuncia al cargo por el incumplimiento sistemático en el pago de salarios y prestaciones sociales, los cuales son una obligación del empleador, por ende se encuentra configurada la terminación del contrato por despido indirecto, pues está más que acreditado que la decisión de renunciar de la trabajadora obedeció a una justa causa imputable a la Universidad, ya que si la Institución hubiera cumplido en tiempo y forma con sus compromisos, la demandante tal vez habría continuado ejerciendo su labor sin inconveniente, pero, al no recibir contraprestación por su labor en un periodo prolongado, no tuvo otra alternativa que la renuncia. Por estas razones se **CONFIRMA** la condena de las indemnizaciones apeladas.

De otra parte advierte La Sala que no se presentó reparo respecto a los demás conceptos y cuantías establecidos, razón por la cual estos no se van a revisar.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de octubre de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AURORA MENDOZA GAITÁN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 2019 00564 01. Juz 18.

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días de diciembre 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

AURORA MENDOZA GAITÁN demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 7.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Actualización de los valores según la certificación del DANE.
- Costas.
- Uso de facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 6. Menciona que nació el 02 de agosto de 1961 e inició sus aportes al ISS el 13 de agosto de 1981 donde cotizó un total de 994 semanas. El 31 de agosto de 2000, se trasladó a PORVENIR, quien no le brindó una asesoría clara, completa y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen, no se le efectuó ninguna proyección pensional ni se le dijo sobre la oportunidad de retornar al RPM. Mediante acción de tutela, Porvenir le informó que de continuar cotizando hasta los 61 años de edad su mesada sería equivalente a la suma de \$1.354.300 y en el RPM ascendería a \$3.552.300, por lo que, en el año 2019, solicitó a Colpensiones su intención de retornar al régimen de prima media, en vista de a evidente falta de información por parte de Porvenir.

Actuación Procesal

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

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 151 a 162.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Solo aceptó la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito las de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa la que no sirve de excusa, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y genérica.

La **AFP PORVENIR** por su parte, contestó en los términos del escrito visible en el CD que obra a folio 183.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Negó todos los hechos de la demanda.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Mediante auto del 08 de abril de 2021 (fl. 188), de conformidad con lo dispuesto en el art. 1 del Acuerdo PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 y el art. 1 del Acuerdo CSJBTA20-109 del 31 de diciembre del mismo año, se asumió el conocimiento del proceso por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito quien mediante sentencia de fondo declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPM al RAIS. Ordenó a Porvenir a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados y a Colpensiones le ordenó recibirlos y efectuar los ajustes en la historia laboral de la actora. Llegó a esa determinación al constatar que PORVENIR no aportó ningún material probatorio que permitiera demostrar una debida asesoría por parte de esa AFP para que la selección del régimen pensional hubiese sido libre y voluntaria conforme lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Recalcó que Porvenir tampoco cumplió con la carga de la prueba, como quiera que la administradora debe garantizar el cumplimiento al deber de información desde el momento del traslado

según lo ha señalado la jurisprudencia ya que es la entidad quien debió suministrarle información completa, veraz y suficiente a la actora, con el fin de prever la consecuencias que le acarrearía la decisión del cambio de régimen, aunado a que la simple suscripción del formulario resulta insuficiente para acreditar el deber de información en los términos indicados por la Corte Suprema de Justicia, como quiera que si bien en tal documento se plasmó el consentimiento de la demandante este no fue informado, adujo que la demandante en su interrogatorio de parte no confesó que se le hubiera suministrado información suficiente y clara al momento de su vinculación a Porvenir, pues por el contrario lo que se demostró fue que la actora no conocía de las características del régimen al cual se trasladaba. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como quiera que la nulidad de traslado al estar ligada a un derecho pensional es imprescriptible y dadas las resultas del proceso se relevó del estudio de los demás medios exceptivos.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES, solicita se revoque el fallo, por considerar que no es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, como quiera que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista en el art. 2 de la Ley 797/2003, aunado a que al no probarse la existencia de vicios del consentimiento se entiende que la afiliación a Porvenir goza de plena validez, por lo que no es dable solicitar el retorno al RPM cuando permaneció por más de veinte años en el RAIS sin presentar ninguna inconformidad respecto a la administración de sus aportes.

La **AFP PORVENIR S.A.**, argumenta en su apelación que el A-quo declaró una ineficacia en los términos del art. 271 de la Ley 100/93 el cual supone la existencia del dolo como vicio del consentimiento que no fue probado dentro del proceso. Indicó que el formulario de afiliación es suficiente para acreditar que el traslado de régimen pensional de la actora se hizo de forma libre y voluntaria, conforme a la normatividad vigente para la época del cambio y que fue debidamente asesorada respecto de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad. Manifestó que la señora AURORA MENDOZA GAITÁN ratificó su voluntad de vincularse a Porvenir al permanecer en el RAIS por más de veinte años sin presentar inconformidad alguna, aunado a que no es procedente declarar la nulidad del traslado dado que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en la Ley 797/2003, refirió que no es dable ordenar la devolución de la comisión por administración dado que estas sumas se encuentran autorizados por la Ley, obedecen a la buena gestión de la administradora y también son descontadas en el RPM, por lo que dichos valores no hacen parte integral de la

pensión de vejez pues no son emolumentos que le correspondan al afiliado, además de encontrarse prescritos; a su vez considera que no es dable el traslado de los pagos por concepto de primas de seguros previsionales, como quiera que la demandante durante toda la vinculación estuvo cubierta por los riesgos de invalidez y muerte y al ordenar su devolución al igual que los gastos de administración, se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Pide se revoque la indexación de tales sumas, ya que no fue solicitada en el libelo introductorio y solo procede el uso de las facultades ultra y extra petita del Juez cuando las mismas hayan sido debatidas.

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

Parte demandante: Pide se acceda a las pretensiones de la demanda con fundamento en que Porvenir no demostró haber cumplido con el deber de información pues no se realizó una asesoría a la actora previo al traslado ni le advirtió sobre las características y consecuencias de dicho acto jurídico. Manifiesta que en caso de negarse las pretensiones se casusa un perjuicio irremediable en el mínimo vital a la demandante.

Parte demandada.-

COLPENSIONES: Solicita se confirme el fallo proferido ya que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para cambiarse de régimen pensional y no demostró la pérdida de un tránsito legislativo o expectativa legítima. Además, el traslado realizado es plenamente válido por no evidenciarse, según la carga de la prueba, un vicio en el consentimiento o causal de nulidad del acto jurídico, este se hizo de forma libre y voluntaria conforme al formulario de afiliación aportado, y la actora tuvo la oportunidad de retornar al RPM y no lo hizo, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS. Indica que Colpensiones actuó de buena fe y acorde a la ley por lo que no debe ser condenada en costas.

PORVENIR: Requiere se revoque la decisión dictada en razón a que no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, causal de ineficacia o nulidad, la AFP cumplió con el deber de información exigido para la época y garantizó el derecho de retracto. Igualmente, la demandante no se interesó por informarse sobre el régimen pensional en el que estaba y no tachó el formulario de afiliación, por lo que el traslado tiene plena validez. Dice que en caso de confirmarse la sentencia solo se debe ordenar devolver el saldo de la cuenta del actor y los rendimientos, decretar

valores distintos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa.- Fue agotada en legal forma como se desprende del formulario de fecha 12 de junio de 2019 (fl. 131), en el que solicitó a COLPENSIONES el retorno 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 adscrita al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 31 de agosto de 2000 cuando solicitó su vinculación a PORVENIR, según formulario que reposa en el CD (fl. 183) contentivo de la contestación de la demanda. 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 RAIS, ya que cuando tomó tal decisión no se le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la demandante el 31 de agosto de 2000 diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a

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

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;

las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la promotora del proceso, 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 como lo afirma la apoderada de Porvenir, 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 al momento del traslado, es a que la AFP suministre información **veraz y suficiente**, en la cual se dejen 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 encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente **autónoma, libre, voluntaria y válida** si el fondo de pensiones (en este caso PORVENIR) demuestra que la afiliada conoce tanto los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, como los riesgos que le acarrea el traslado, como por ejemplo que el valor de su mesada pensional 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 establecer la correspondiente mesada; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

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

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

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

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

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

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

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

régimen pensional, **se genera un traslado de la carga de la prueba** de la parte actora a la entidad demandada (SL4811-2020³, SL4373-2020, SL1688-2019⁴), 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. 31.989⁵, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como erradamente lo afirman las recurrentes.

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR, pues se limitó a manifestar que el traslado de régimen pensional de la actora fue libre y voluntario, sin si quiera aportar prueba de la información que le fue entregada a la promotora del litigio al momento del cambio de régimen diferente al formato de afiliación, ni muchos menos con el hecho de indicar que cumplió con las obligaciones vigente para el año 2000 (fecha del traslado) y que tal circunstancia demuestra el cumplimiento del deber de información, no obstante, es de resaltar que la valoración del cumplimiento de dicho deber 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), como quiera que es la administradora quien debe brindar un panorama completo de las

³ 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.

⁴ 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.

⁵ "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"

ventajas y desventajas de pertenecer al régimen que administra tal como prevé la Ley 100/93.

Además, la demandada PORVENIR, no aclaró en que consistió esa información **suministrada** y si adicionalmente a esa exposición le brindó un panorama completo de las características y falencias de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad sumado a una proyección del monto de su pensión, la cual podía efectuarse actualizando 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 y que el traslado fuese realmente válido; omisión que no se subsana por el hecho de permanecer en el RAIS por más de veinte años sin presentar ninguna inconformidad, ya que tal situación no demuestra que a la actora se le haya brindado información completa, veraz y oportuna sobre su decisión de traslado, si no por el contrario, lo que se advierte es que a la demandante no le fue posible prever las consecuencias de su traslado, por lo que si la decisión de cambio de régimen no proviene 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, ya que 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 hubiera sido de conocimiento de la actora al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión, quizás hubiese sido distinta.

En cuanto a la manifestación de las recurrentes, consistente en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del art. 13 de la Ley 100/93 modificado por el art. 2 de la Ley 797/2003 por lo que no es dable declarar la ineficacia del acto del traslado, para La Sala es importante resaltar que esta ineficacia en nada afecta la ineficacia del traslado, toda vez que esta se fundamenta en la falta de información sobre los beneficios y desventajas de traslado al momento en que se efectuó, 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 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).

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 pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones por concepto de seguros previsionales, 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 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 de la demandante, es ella 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, rendimientos financieros y sumas destinadas al aseguramiento de la afiliada, sin que esta circunstancia le genere un enriquecimiento injustificado a Colpensiones, pues como ya se indicó fue la administradora quien faltó a sus obligaciones especiales.

En lo referente a la prescripción de los gastos de administración que alega Porvenir, se precisa que tales sumas no están afectadas por el fenómeno prescriptivo, como quiera que estas deducciones se efectúan con cargo a los aportes efectuados por la afiliada quien pretende a futuro el reconocimiento pensional, derecho que es imprescriptible tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, en lo referente a la indexación alegada por PORVENIR, se ha de precisar que la Corte Suprema de Justicia ya definió lo respectivo a la procedencia de este concepto, en sentencia SL 4988 de 2021 Rad. 84611, donde precisó:

"(...) esta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida;

*ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a los recursos propios**, por el tiempo en que estuvo en cada administradora.*

Para efectos de la actualización monetaria se tendrá en cuenta la siguiente formula:

*VA= $V_h * IPC \text{ Final}$*

IPC inicial

De donde:

VA = corresponde al valor de la suma a actualizar.

VH = Valor histórico a indexar

IPC Final = IPC del mes anterior en que se efectúen los pagos a Colpensiones

IPC Inicial = IPC del mes en que se realizaron las apropiaciones.

*También se ordenará, que al momento de cumplirse lo anterior, **esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC,** aportes y demás información relevante que los justifiquen (sentencia de casación CSJ SL 2209-2021, CSJ SL 2297-2021 y CSJ SL3719-2021). (...)"*

Teniendo en cuenta lo anterior, se confirma la decisión del A-quo de ordenar que todas las sumas de devuelvan indexadas y se haga la pormenorización de los ciclos, IBC y aportes referidos en la sentencia transcrita.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS:

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una 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:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una 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.

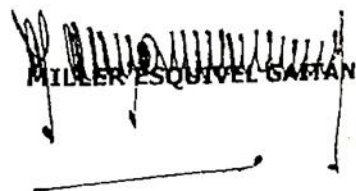
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 CARMEN SOFÍA URREGO CEPEDA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SKANDIA S.A., COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A.
Rad. 2019 00586 01 Juz. 35.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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

CARMEN SOFÍA URREGO CEPEDA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a **SKANDIA S.A.**, a **COLFONDOS** y a **PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 y 6.

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

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 5. Nació el 21 de agosto de 1969. Se afilió al ISS el 7 de julio de 1994 y cotizó 194.43 semanas hasta el 30 de mayo de 1998. El 13 de mayo de 1998, se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., momento en el que se omitió brindarle información adecuada y suficiente sobre el RAIS, aunado a que se le dijo que el ISS se acabaría por lo que

perdería sus aportes, cuenta con 980.14 semanas entre julio de 1998 a noviembre de 2011, data en el que se trasladó a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA, en la que cotizó 261.69 semanas, para un total de 1.235.57 semanas cotizadas. El 14 de marzo de 2019, solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen pensional, petición a la que no se accedió. El 3 de abril del mismo año, pidió a COLFONDOS S.A. declarar nulo el traslado, solicitud que fue negada.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco 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 visto a fls. 141 a 177.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y edad de la demandante, la afiliación al ISS, semanas cotizadas en el fondo público, la petición radicada ante su entidad y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La **AFP OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA** en los términos del escrito visible a fls. 201 a 214.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, semanas cotizadas en ambos regímenes, la solicitud de nulidad del traslado y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

COLFONDOS S.A. en los términos del escrito visto a fls. 260 a 275.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación a esa AFP, la petición radicada ante su entidad y la respuesta emitida.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago y genérica.

Mediante auto del 07 de octubre de 2020 el juzgado ordenó de oficio vincular como litisconsorte necesario por pasiva a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, quien contestó en los términos del escrito visible a fls. 1 a 19 del archivo número 7 del expediente digital, quien contestó en los siguientes términos:

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó la fecha de nacimiento de la actora.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de la totalidad de aportes a SKANDIA y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS. Ordenó a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, de otra parte, condenó a SKANDIA, PROTECCIÓN y COLFONDOS a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció afiliada a cada uno de los fondos privados. Condenó a COLPENSIONES a volver a afiliar a la accionante al RPM y a recibir todos los aportes que hubiese efectuado ante SKANDIA.

Llegó a esa determinación, al considerar que no es suficiente con la suscripción del formulario de afiliación para acreditar que se haya cumplido con el deber de brindar información oportuna y veraz a la afiliada al momento del traslado de régimen. Recalcó que los traslados horizontales entre fondos, no acreditan que la afiliada conociera las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ya que los traslados obedecen a una información parcial de cada fondo que buscaba que la demandante se afiliara, en la que le ofrecieron mejores rendimientos en su cuenta de ahorro individual. Concluyó que el deber de información, se debe cumplir al momento del traslado de régimen, no durante los traslados entre administradoras.

Recurso de Apelación.

AFP COLFONDOS: manifestó su inconformidad con la orden de devolver los gastos de administración, pues considera que no existió disminución o desmejora en el capital de la demandante, ya que por el contrario, se causaron rendimientos gracias a la buena gestión de la administradora, señaló que los descuentos por concepto de comisión de administración, se encuentran autorizados por la Ley, aunado a que los mismos ya se encuentran prescritos, por ser una obligación de tracto sucesivo y haber sido descontados en el momento que se causaron. Considera que no es procedente la devolución de los aportes de la afiliada, como quiera los mismos ya fueron trasladados.

COLPENSIONES: manifestó que el traslado de régimen de URREGO CEPEDA, se hizo de forma libre y voluntaria, decisión que ratificó al efectuar aportes al RAIS y al haberse trasladado entre administradoras, lo que demuestra que si conocimiento del funcionamiento del régimen de ahorro individual. Dijo que la demandante, en el interrogatorio no mencionó que la AFP haya faltado a su deber de información ni tampoco se acreditó la existencia de vicios del consentimiento para que se declarara la nulidad del traslado. Señaló que, en caso de confirmarse la decisión, pide que se haga entrega de todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, pues de lo contrario se generaría una descapitalización del sistema público de pensiones.

PROTECCIÓN: sustentó el recurso de apelación, al argumentar que, si la decisión es retrotraer las cosas a su estado inicial, no es procedente la devolución de los rendimientos, los cuales fueron generados por la buena gestión de la AFP y en

consonancia con lo previsto en el artículo 1746 del C. Civil, no debe devolver las sumas por concepto de administración ni destinadas a cubrir el seguro previsional.

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

Parte demandante: Indicó que la simple suscripción de un formulario de afiliación no significa que a la actora se le haya brindado la información oportuna y suficiente para la toma de una decisión consciente, es por ello que conforme al sustento jurisprudencial vigente solicitó que se confirme la decisión de primera instancia.

Parte demandada:

AFP PROTECCIÓN: Expuso que la orden de devolver las sumas descontadas por gastos de administración y seguro previsional generan un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por cuanto dichas sumas son descontadas por una disposición legal que así lo autoriza, y son producto de la buena gestión realizada por el fondo privado de los aportes de sus afiliados (gastos de administración) y del aseguramiento del afiliado y sus aportes en caso de cualquier siniestro o situación desafortunada (seguro previsional). Citó el artículo 1746 del C. Civil e indicó que si el acto de traslado nunca se causó entonces se tiene que dichas sumas nunca fueron descontadas y los aportes nunca fueron realizados, por lo que no hay lugar a restitución de los mismos.

AFP SKANDIA: Guardó silencio.

AFP COLFONDOS: Guardó silencio.

COLPENSIONES: Explicó que no puede decretarse la ineficacia del traslado porque la actora está inmersa en la prohibición legal de la Ley 797/2003, además, no logró acreditar la existencia de un vicio de consentimiento al momento de suscribir el formulario de afiliación, de igual modo, sostuvo que el deber de información al momento del traslado no existía con el desarrollo normativo y jurisprudencial actual, por lo que, para ese momento, el fondo privado cumplió con la carga que le correspondía, aseveró que con la permanencia en el tiempo en el RAIS y los traslados horizontales efectuados se logra demostrar que existió una voluntad de la actora de estar afiliada al régimen privado y de conocer sus ventajas y desventajas. Concluyó

que al declararse ineficaz el traslado y ordenar la afiliación de la demandante en el RPM se genera una descapitalización del sistema pensional, independiente de la devolución de todos los valores ahorrados por la actora, porque se asume una carga económica no prevista por la entidad, la cual no puede ser cubierta solo con los aportes de URREGO CEPEDA sino también con dineros adicionales para indexar dichas sumas. Condicionó el cumplimiento de la sentencia en caso de confirmación en la instancia a la devolución de todas las sumas de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin lugar a descuento alguno.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de los documentos que obran a folios 13 a 17, donde se solicitó la nulidad de afiliación a la AFP COLFONDOS, 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, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando solicitó su vinculación el 13 de mayo de 1998 a COLFONDOS mediante formulario de afiliación visible a folio 199, se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL el 14 de octubre de 2011 (fl. 160), luego se trasladó a PROTECCIÓN el 30 de junio de 2015 según formato de vinculación que obra a folio 23 y 24 del archivo 7 del expediente digital y retornó a OLD MUTUAL el 28 de junio de 2017 (fl. 159), quien es su actual administradora.

En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP COLFONDOS S.A., no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en cada régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 13 de mayo de 1998 (fl. 278), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por URREGO CEPEDA, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente **libre, voluntaria, 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 régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso COLFONDOS), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó 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. 31.989⁴, para lo cual

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

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había

no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como lo afirma Colpensiones.

Para La Sala no es de recibo el argumento de Colpensiones, consistente en que la demandante ratificó su decisión de permanecer en el RAIS, al efectuar distintos traslados entre administradoras y al efectuar aportes a la AFP, pues es importante recordar que tales circunstancias no la hacen conocedora de todas y cada una de las implicaciones que genera el traslado de régimen pensional, si no por el contrario lo que demuestra es que la actora no conocía de las verdaderas características del régimen al cual se trasladaba y fue precisamente la falta de información la que conllevó a que tomará tal decisión de cambio.

Por otro lado, en lo que respecta al interrogatorio de URREGO CEPEDA, se advierte que la información brindada por la AFP COLFONDOS S.A. fue incompleta y generalizada, pues nótese que la demandante es enfática en indicar que el argumento principal del fondo privado al momento de realizar el traslado de régimen era el hecho de que el ISS se iba a acabar y podía perder todos sus aportes, sin especificar que si bien dicha entidad se liquidó, como es de público conocimiento, el Estado garantizó que los aportes de sus afiliados no se perdieran ni quedaran a la deriva creando una nueva entidad (COLPENSIONES), quien actualmente garantiza el derecho pensional de los afiliados provenientes del ISS y de los nuevos afiliados que día a día deciden hacer parte del RPM y si bien, en dicha socialización pudo haber brindado información respecto de algunas de las características del RAIS, las características expuestas fueron las favorables a sus intereses, que no era otro que lograr la afiliación de la actora pero que, al momento de la formalización del traslado, no ampliaron ni aclararon la información brindada, a fin de dar total y absoluta claridad a la demandante previo a tomar una decisión definitiva.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración, impartida por el Juez es preciso indicar que tal condena es **consecuencia necesaria** de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de

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"

ahorro individual, ante lo cual cada una de las AFP deberá transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo. 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."

Respecto a la prescripción de la comisión de administración alegada por el apoderado de COLFONDOS, se recuerda que el fenómeno prescriptivo no puede ser extensible a los gastos de administración, porque esta es una prestación de tracto sucesivo y tal interés que no financia directamente la prestación. Para resolver lo pertinente, La Sala cita nuevamente lo ya reiterado por la CSJ (SL4174-2021 y SL4175-2021) en cuanto a que cuando se declara la ineficacia del acto del traslado, este trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar al RPM el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los **gastos de administración**, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados, por cuanto ésta es la respuesta de tal declaratoria y el alcance de sus consecuencias, no es otra que la restitución de las cosas a su estado anterior, restablecimiento que debe ser de forma integral, por eso en estos casos, tal decisión no implica cosa diferente que

privar de todo efecto práctico el traslado inicial con lo que se entiende que la afiliada nunca se cambió régimen de prima media con prestación definida.

En cuanto a la aplicación de los efectos del artículo 1746 del Código Civil y las restituciones mutuas alegado por PROTECCIÓN S.A, ya la SL CSJ en diferentes pronunciamientos ha precisado, que cuando se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional este debe entenderse como si nunca hubiera ocurrido y en ese orden se tiene que deducir que el afiliado nunca se cambió al RAIS, así se precisó en la sentencia SL SL3464-2019, en la que se lee:

"Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones" (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).

De otra parte, es de advertir que con esta decisión no se afecta el principio de sostenibilidad financiera que caracteriza a Colpensiones, pues éste se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dinero que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-20206) 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 se reitera implica el capital

ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-20207, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Finalmente, respecto a que COLFONDOS ya efectuó la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual de la afiliada a SKANDIA hoy OLD MUTUAL, no existe discusión sobre el asunto, no obstante, no se explica La Sala la razón por la que la AFP apela tal punto, teniendo en cuenta que el A quo solo le ordenó: "*pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora **por los gastos de administración**, conforme al tiempo que éste permaneció afiliado a cada una de los fondos privados*", por lo que si ya las cotizaciones fueron trasladadas a la actual administradora de la demandante, solo deberá devolver los demás conceptos ya citados, y solo resta que OLD MUTUAL corrobore lo afirmado por la recurrente, para así tener por cumplido lo dispuesto por el Juez y SKANDIA hoy OLD MUTUAL, traslade todos los valores a favor de URREGO CEPEDA para que COLPENSIONES de cumplimiento a lo ordenado, que no es otra cosa que recibir a la actora nuevamente en el RPM.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las apelantes. Fíjense la suma de 1 SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho a cargo de cada una de las recurrentes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de mayo de 2021, 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 apelantes. Fíjense la suma de 1 SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho a cargo de cada una de las recurrentes.

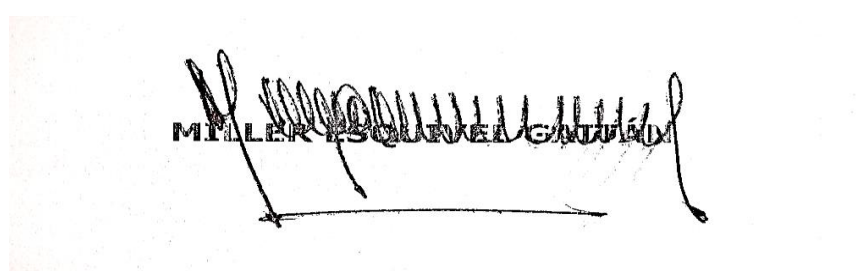
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO HUERGO AMAYA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. RAD. 2019 00608 01 JUZ 28.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ÁLVARO HUERGO AMAYA demando a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 a 5.

- Reliquidación de la pensión de vejez, a partir del 30 de junio de 1994.
- Intereses moratorios.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 6. Cotizo al ISS un total de 1328 semanas hasta el 1º de septiembre de 1994. Mediante resolución No. 10138 de 1994 se le reconoció pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990 a partir del 30 de junio de 1994. La liquidación se efectuó con base a las 1314 semanas, previo cálculo del IBL, el que se determinó en \$135.430, aplicada la tasa de remplazo del 90%, lo que dio como resultado una mesada pensional de \$121.888. El ISS al momento de efectuar la liquidación de la pensión no calculó el IBL en debida forma, pues no indexó los salarios sobre los cuales se cotizó al momento del reconocimiento pensional, a fin de mantener el poder adquisitivo de la moneda. Precisa que realizados los cálculos se obtiene un salario base mensual de \$155.502,01, valor que aplicada la tasa de remplazo arrojaría una mesada superior a la reconocida. El 23 de julio de 2019, el actor presentó ante Colpensiones escrito de revocatoria directa, en el sentido de solicitar la reliquidación de la prestación económica, el pago de las

diferencias resultantes e intereses moratorios, los que fueron negados por Colpensiones en Resolución SUB-217077 del 13 de agosto de 2019.

Actuación Procesal

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES contestó en los términos del escrito visible a folios 32 a 36.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la mayoría de los hechos excepto el error en el cálculo del IBL, el salario base mensual calculado por la parte demandante y la diferencia económica entre la mesada reconocida y la reclamada.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que dispuso condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante las diferencias pensionales respecto de las mesadas causadas entre el 24 de julio de 2016 y hasta el reconocimiento efectivo, teniendo como mesada para el año 2016 la suma de \$882.794 y para el 2021 el valor de \$1.077.268. Así mismo, condenó al pago de los intereses moratorios a partir del 13 de agosto de 2019, liquidados sobre el capital que resulte por concepto de diferencias pensionales. Llegó a esa determinación, con fundamento en el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en sentencia SU 131 de 2013, que define la indexación como un principio aplicable en protección de los intereses de los pensionados, el derecho a la igualdad y equidad, bases sobre las cuales se edifica el sistema general de seguridad social, por lo tanto concluyó que la pérdida del poder adquisitivo es un hecho notorio que no se puede pasar por alto al reconocer una prestación, como ocurre en el presente caso, por lo que indicó que el salario promedio mensual debió ser indexado a la fecha del reconocimiento de la pensión (30 de junio de 1994). En consecuencia, al efectuar las operaciones aritméticas encontró que el IBL asciende a la suma de \$165.872,023 al que aplicar la tasa de remplazo del 90%, arroja como primera mesada pensional la suma de \$149.285, por lo que existe una diferencia sustancial entre la pensión reconocida y la calculada por la demandada. De otra parte, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación a las diferencias pensionales entre el 30 de junio de 1994 y el 23 de junio de 2016, teniendo en cuenta la revocatoria directa presentada por el actor que interrumpió el término prescriptivo (23 de julio de 2019).

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

Parte demandante: señala que es procedente la reliquidación de la prestación a partir del 30 de junio de 1994, ya que el ISS en su momento no calculó correctamente el IBL, aunado a que no indexó los salarios sobre los cuales se cotizó, por lo que la base correcta a tener en cuenta es la suma de \$155.502, razón por la que solicita se confirme la decisión.

Parte demandada: adujo que la pensión de vejez reconocida al actor se encuentra ajustada a derecho conforme al IBL de \$120.996 en que se le aplicó la tasa de reemplazo más favorable al tiempo cotizado por el demandante.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a COLPENSIONES y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se advierte del derecho de petición presentado ante Colpensiones (fls.16 a 17), en el que solicitó la revocatoria parcial de la resolución No. 10138 de 1994 para que se efectuó la reliquidación de la pensión de vejez reconocida, con lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Indexación de la primera mesada pensional

En cuanto a la forma de calcular del IBL de las pensiones otorgadas de forma directa con base en el Decreto 758 de 1990, el parágrafo primero del artículo 20 de dicha disposición, señala:

*"**Parágrafo 1º** El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas. El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses."*

De lo que se colige, que la pensión otorgada al actor se liquidó en los términos de la norma en cita, según se infiere de la liquidación efectuada por el ente de seguridad social que obra en el expediente administrativo de folio 41. Ahora, en lo que se refiere a la indexación del IBL de las prestaciones reconocidas de forma directa, conforme a los reglamentos del ISS, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2785 de 2019, dispuso:

*"Precisado lo anterior, la sala advierte que no se casará la sentencia recurrida, **pues el derecho pensional fue causado exclusivamente bajo la vigencia de los reglamentos del ISS**, esto es, los artículos 20 y 21 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año, en armonía con el artículo 1º del Acuerdo 019 de 1983, convertido en reglamento por el Decreto 232 de 1984 y con el 029 de 1985, avalado mediante el Decreto 2879 de igual año –normativa que en su artículo 1º señala que para efectos de la liquidación de las pensiones de*

*sobrevivientes e invalidez, se toma como salario mensual de base «[...] el que resulte de multiplicar por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó en las últimas cien (100) semanas de cotización»– **luego, no es posible atribuirle al ISS, hoy Colpensiones, la obligación de indexar las cotizaciones** que efectuó el afiliado durante el tiempo indicado en la norma, **esto en virtud de que tales pensiones se causaron con fundamento en semanas cotizadas** y no en salarios, en cuanto fueron los propios reglamentos del ISS los que instituyeron la manera en que debía determinarse el ingreso base. Así pues, en sentencia CSJ SL 49360, 30 oct. 2012, reiterada en la CSJ SL629-2013, se expresó:*

Es evidente que el sistema general de seguridad social se edifica a partir de las cotizaciones que realizan los afiliados, las cuales constituyen la fuente principal de su financiamiento, y es justamente por ello que la ley instituyó la manera como el ingreso base debía determinarse.

*Inclusive, frente a una temática similar, esta Sala se ha pronunciado respecto de lo aquí debatido, esto es **la posibilidad de actualizar las cotizaciones que se realizan ante el Instituto de Seguros Sociales**, entre otras en sentencia de 6 de julio de 2011, radicado 39542, en la que consideró:*

"La discusión se contrae a determinar si es viable la actualización de las cotizaciones efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, de la manera como lo hizo el Tribunal, esto es, en aplicación de la sentencia 29022 de 2007.

"El artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al sub lite dispone su fijación [...]. En ese orden, la Corte encuentra equivocado el alcance que dio el ad quem a la jurisprudencia que aplicó para resolver el asunto debatido, toda vez que en este caso la prestación está a cargo del ISS, con sustento en lo dispuesto en el citado artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, teniendo en cuenta el número de semanas que logró cotizar, distinto del caso al que se refirió el juzgador y a los demás que ha juzgado la Sala, en los que se ha analizado es el salario devengado por el trabajador.

*(...)Es más, la **sentencia CSJ SL215-2019** recordó que en el fallo **CSJ SL15680-2015**, al reiterar ese criterio y desatar un caso en el que se buscaba la **indexación de la primera mesada de una pensión de vejez reconocida integralmente al amparo de los reglamentos del ISS**, concretamente bajo el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, precisó:*

Sin embargo, y pese al yerro anotado, se estima que ello no es suficiente para casar la sentencia, como quiera que, en sede de instancia, se arribaría a la misma decisión absoluta a la que llegó el Tribunal, habida cuenta que al tratarse de un derecho pensional causado bajo la vigencia del Acuerdo 049 de 1990, no es posible arrogarle al Instituto demandado la obligación de actualizar las cotizaciones que efectuó la actora entre la fecha en que cesó sus aportes -1984- y la que cumplió la edad para acceder a la pensión -1991-, como en reiteradas ocasiones lo ha señalado pacíficamente esta Sala.

En similar sentido puede consultarse la sentencia CSJ SL945-2019, y con anterioridad a esta, las providencias CSJ SL13183-2015; CSJ SL15680-2015; CSJ SL6613-2017, CSJ SL4731-2018; CSJ SL1186-2018 y SL5152-2018 (...)"

Conforme lo anterior, se colige que en el *sublite* no es dable indexar los salarios que sirvieron de base para calcular la pensión de HUERGO AMAYA, en la medida en que como lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tales reglamentos regulan lo relativo a la determinación del IBL a partir de los aportes, además de esto, advierte La Sala que entre la fecha en que fue otorgada la pensión de vejez (30 de junio de 1994), y el momento de su último aporte al sistema (29 de junio de 1994), ni siquiera transcurrió un día, por lo que en el asunto tampoco hay lugar a hablar de una pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pues se reitera, en este caso no existió un lapso considerable entre las

cotizaciones que sirvieron para calcular la pensión y el disfrute del derecho (el que se reconoció con el cálculo de las últimas 100 semanas). Respecto al reconocimiento y pago de los intereses moratorios y dada la improsperidad de la reliquidación solicitada, La Sala se releva del estudio de ellos. Por lo que se absolverá a la Administradora Colombia de Pensiones- Colpensiones de la totalidad de las pretensiones elevadas en su contra.

Bastan estas consideraciones para **REVOCAR** la sentencia consultada.

COSTAS: Sin costas en la instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta. Las de primera quedaran a cargo de la parte demandante.

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de mayo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Sin costas en la instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta. Las de primera quedaran a cargo de la parte demandante.

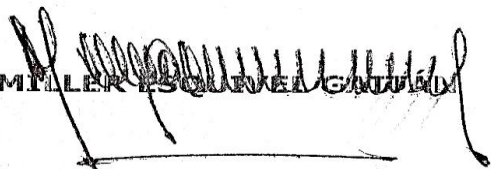
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 LUIS ALFREDO CASTRO MORENO
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 00609 01 Juz 39.**

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días de diciembre 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

LUIS ALFREDO CASTRO MORENO demandó a la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- 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.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 16 de noviembre de 1964. Efectuó cotizaciones en el ISS desde el 9 de octubre de 1986 hasta el 30 de abril de 1995, reuniendo un total de 290,14 semana cotizadas en el RPM. En julio de 1995 se afilió a la AFP Davivir, hoy Protección S.A. Continúo realizando aportes al sistema general de pensiones, cotizando un total de 1516.86 semanas. No le explicaron cómo funcionan las modalidades de pensión, el cobro de los gastos por administración, el capital que debía acumular tampoco le hicieron una proyección de pensión. El 12 de julio de 2019 solicito a la AFP Protección la anulación de la afición en el RAIS y el traslado a Colpensiones. La respuesta del fondo de

pensiones era que no tenían competencia para efectuar la anulación y que tenía derecho a la garantía de pensión mínima. Posteriormente solicito ante Colpensiones la nulidad de traslado y retorno al RPM, petición que fue negada por improcedente.

Actuación Procesal

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en el expediente digital.

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

La AFP PROTECCIÓN contestó en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la absorción de la AFP Santander e ING por parte de Protección S.A., la densidad de semanas cotizadas, la solicitud de nulidad de traslado, la respuesta de Protección S.A. y la simulación pensional.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través del traslado a la AFP Davivir (hoy Protección S.A.), de fecha 11 de julio de 1995. Ordenó a la AFP Protección trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, bonos, rendimientos e intereses causados y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

La AFP PROTECCIÓN considera que no es procedente la declaratoria de nulidad de traslado pues el formulario de afiliación es válido. La actora ratificó su intención de permanecer en el RAIS y se encuentra inmersa en la prohibición legal contemplada en la Ley 797/03. Solicita se absuelva al fondo de pensiones de la devolución de los gastos de administración, toda vez que son una comisión por la gestión y administración de los aportes durante la vigencia de la afiliación y los valores por concepto de primas de seguro previsional ya fueron trasladados a terceros. Señala que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones. Solicita se absuelva de la condena en costas comoquiera que Protección S.A. actuó de buena fe.

COLPENSIONES: Señala que el traslado fue una decisión libre y voluntaria de la actora y permaneció en el RAIS desde 1995 sin manifestar inconformidad o desacuerdo frente al régimen, realizando aportes de manera ininterrumpida. Indica que el retorno al RPM es improcedente debido a que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal estipulada en el artículo 2º de la Ley 797/03 y operó el fenómeno prescriptivo para incoar la acción.

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

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** Pide se revoque el fallo dictado en razón a que el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, no es beneficiario del régimen de transición, guardó silencio sobre su decisión aceptando las consecuencias de esta con base a los deberes del consumidor financiero, y no demostró que existió un vicio en su consentimiento, causal de ineficacia, nulidad o que no le suministraron de forma completa la información exigida al momento del traslado. Indica que en caso de confirmarse la sentencia se ordene a Protección a normalizar la afiliación del actor y devuelva a Colpensiones los aportes que realizó el afiliado.
- **AFP PROTECCION:** Solicita se revoque la sentencia proferida ya que la AFP actuó de buena fe, la cual no fue desvirtuada en el proceso, además, brindó al actor la información necesaria al momento del traslado, y el demandante decidió trasladarse de forma voluntaria. Indica que con relación a los gastos de administración y porcentajes dispuestos para el fondo de solidaridad pensional y primas previsionales, dichos valores se causaron conforme la ley y se destinaron correctamente, por lo que ordenar su devolución sería condenar las finanzas públicas ante un interés particular y generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y el demandante.

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, prescripción para reclamar la nulidad o ineficacia de la afiliación, la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 12 de julio de 2019 (expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 11 de julio de 1995, cuando solicitó su vinculación a la AFP Davivir (hoy Protección S.A.).

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 11 de julio de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Davivir, hoy Protección S.A (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que

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

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

gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP PROTECCIÓN, entidad que asumió la afiliación que hizo el demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor, pero no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la 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).

Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia *CSJ SL 3871 de 2021*, que dispuso;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia

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

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

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

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

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

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

ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria”

Insuficiencias que tampoco se subsanan por el hecho de que el actor no manifestara inconformidad durante la vigencia de la afiliación; pues la información brindada al momento del traslado inicial no fue completa e incluso sin una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP Protección, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha del 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, “*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*”, en consecuencia, 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, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008⁴), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por

⁴ “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.

unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera y evitar un enriquecimiento sin justa causa (SL2877-2020⁵).

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

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele al demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace 26 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Ahora bien, en atención a la solicitud de Protección S.A. de la absolución de las costas impuestas en primera instancia, debe decirse que con base en el artículo 365 del Código General del Proceso⁶, procede la condena en costas a cargo de la parte vencida.

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

COSTAS

"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."

⁵ 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.

⁶ Art 365. "En los procesos y en las actuaciones posteriores de aquellos en que haya controversia sobre la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le **resuelva desfavorablemente en el recurso de apelación**, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) como agencias en derecho.

DECISIÓN

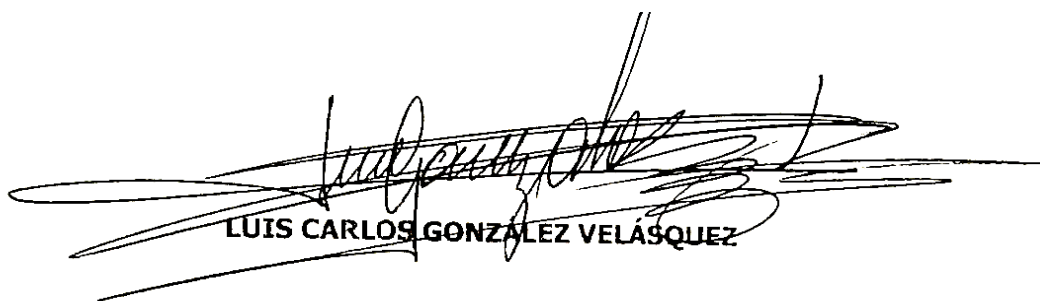
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de junio de 2021, 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. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) como agencias en derecho.

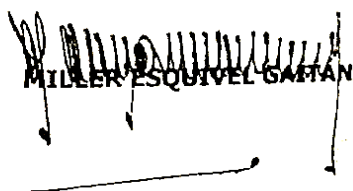
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 SANDRA SARMIENTO MUÑOZ
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 2019 – 00663 - 00 Juz. 17.**

En Bogotá D.C., a los nueve (09) días de Diciembre 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

SANDRA SARMIENTO MUÑOZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 4 – 5 (demanda) y 92 – 93 (subsanción) del archivo PDF del expediente digital.

- Ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- 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 folios 5 a 7 (demanda) y 98 y 99 (subsanción) del archivo PDF del expediente digital. Nació el 12 de Marzo de 1966, se afilió al ISS el 11 de abril de 1988, allí cotizó 390 semanas. El 1 de marzo de 1998 se afilió al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS S.A., sin embargo, sostuvo que la mencionada afiliación estuvo precedida de una información incompleta. En el

fondo privado ha cotizado 1.367 semanas. COLFONDOS no le informó de las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, así como tampoco sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir 47 años de edad, o el monto necesario para acceder a su beneficio pensional a una menor edad de la requerida en el RPM. Radicó derecho de petición ante las demandadas el 24 de septiembre de 2019, en los cuales solicitó la anulación de la afiliación al RAIS y el retorno al RPM conforme la jurisprudencia aplicable al caso.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad (Fls 114 y 115 archivo PDF Exp. digital) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito que reposa a folios 130 a 146 del archivo PDF del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y el derecho de petición presentado el 24 de septiembre de 2019.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó en los términos del escrito visto a folio 117 del archivo PDF del expediente digital.

- NO se opuso a las pretensiones.
- NO se pronunció sobre los hechos, por allanarse al contenido de la demanda.
- NO formuló excepciones.

Mediante auto del 1 de marzo de 2021 (Fls. 176 a 178 archivo PDF Exp. Digital) el juzgado decidió tener por no contestada la demanda por parte de la AFP, por cuanto no se pronunció cabalmente sobre los hechos de la demanda sino simplemente, se

limitó a indicar que se allanaba a lo solicitado, decisión que no fue objetada por el fondo privado.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Diecisiete laboral del circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo (Fls. 432 a 434) en la que declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, declaró ineficaz el traslado de régimen de la actora respecto de quien dispuso que se encuentra válidamente afiliada al RPM, ordenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante SARMIENTO MUÑOZ tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, valores que conforman la cuenta de ahorro de la demandante, sin autorizar a COLFONDOS S.A a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio. Llegó a esta determinación luego de confirmar que no se le brindó a la demandante una información clara y suficiente al momento de formalizar el traslado de régimen con COLFONDOS, el allanamiento efectuado por el fondo privado da a entender que no se cumplió con la carga que le asistía, ella faltó al deber de información, además, en el asunto ni siquiera existe formulario de afiliación suscrito por la actora, pues solo se cuenta con la captura de pantalla de la consulta en Asofondos y en el sistema propio del fondo, lo que dejó entrever el incumplimiento de los deberes a cargo por la AFP determinados por la SL CSJ.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Indicó que el traslado fue válido, que se cumplió bajo la normativa vigente para el momento de los hechos y que además, la permanencia en el tiempo en el fondo privado, así como la pasividad de la afiliada de informarse para su beneficio pensional subsanan cualquier nulidad que se hubiera causado en el acto jurídico. Sostuvo que al momento de radicar el derecho de petición para retornar al RPM SARMIENTO MUÑOZ ya se encontraba inmersa en la prohibición de que trata la Ley 797/2003 por lo que era totalmente inviable realizar el traslado. Aseveró que la decisión tomada en primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del fondo público, independiente de que se devuelvan todas

las sumas de la cuenta de ahorro individual por tener que asumir una carga económica de una persona que no cotizó al sistema en más de dos décadas. En caso de confirmarse la decisión, solicita se mantenga la orden de transferir todos los valores ordenados por el A quo. Solicitó ser absuelta de la condena en costas al haber actuado de buena fe.

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

Parte demandante: Sostuvo que de ninguna manera COLFONDOS acreditó que le haya dado suficiente información al momento del traslado del RPM al RAIS, que la carga de la prueba le asistía al fondo privado y que la mencionada entidad debía garantizar que sus asesores cumplieran con informar a sus nuevos afiliados de manera correcta, situación que no ocurrió, por lo que solicitó la confirmación de la decisión.

Parte demandada:

COLFONDOS: Guardó silencio.

COLPENSIONES: Sostuvo que el traslado de régimen fue válido conforme a las documentales aportadas, que no se logró probar la existencia de algún vicio del consentimiento al momento del traslado, además, adujo que los asesores de COLFONDOS le suministraron la información clara, suficiente y necesaria para que la actora tomara una decisión libre y voluntaria, la cual a la final terminó tomando para trasladarse al RAIS. Explicó que, al declararse la ineficacia pretendida, se afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera del fondo público por cuanto si bien se restituyen todos los aportes de la cuenta de ahorro individual de SARMIENTO MUÑOZ, lo cierto es que se debe asignar un presupuesto mayor para poder cubrir la obligación pensional de la actora, por lo que solicitó se revoque íntegramente la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo

35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la procedencia de la condena en costas al fondo público.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 80 a 90 del archivo PDF del expediente digital, contentiva de la reclamación de fecha 24 de septiembre de 2019, en la que solicitó la nulidad del traslado de régimen y la activación de su afiliación 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 administrado por la AFP COLFONDOS S.A. (fls. 424 y 425 archivo PDF Exp. Digital), fondo al cual se trasladó desde el 1 de septiembre de 1998, afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP COLFONDOS S.A., no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 1 de marzo de 1998 conforme se desprende del reporte de ASOFONDOS y el sistema interno de COLFONDOS S.A. (fls. 424 y 425 archivo PDF Exp. Digital), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se 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 régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso COLFONDOS), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó 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. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP COLFONDOS S.A., ya que se allanó a lo mencionado por la actora en su escrito de demanda, por lo que se entiende que no se le brindó la información suficiente y necesaria para tomar una decisión de estas características, así como tampoco realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, ni tampoco le mencionó cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aún cuando le faltaban 25 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante haya permanecido por más de dos décadas afiliada al RAIS,

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

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

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

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

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

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

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

pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero, sin perder de vista que este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación de entregar información parcial no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo.

Es de advertir que la ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado y 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 cuenta con una expectativa legítima, 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".

De otra parte es de advertir que con esta decisión no se afecta el principio de la sostenibilidad financiera a Colpensiones, pues éste se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dinero que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-20206) 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 se reitera implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-20207, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Condena en costas frente a entidades públicas

Respecto de la procedencia de la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES en primera instancia, la cual fue alegada en el recurso presentado por la entidad, es de precisar que la misma se origina por ser una de las partes que fue vencida del proceso adelantado, ella presentó oposición a las pretensiones de la demanda y no prosperó ninguna de las excepciones planteadas. Así las cosas, las actuaciones se encuentran acordes con los preceptuado en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., que indica:

"Artículo 365. Condena en costas: *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la **parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código."*

Bajo los anteriores razonamientos, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$908.526) 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 el veintiuno (21) de julio del dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Diecisiete laboral del circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$908.526) a cargo de la apelante.

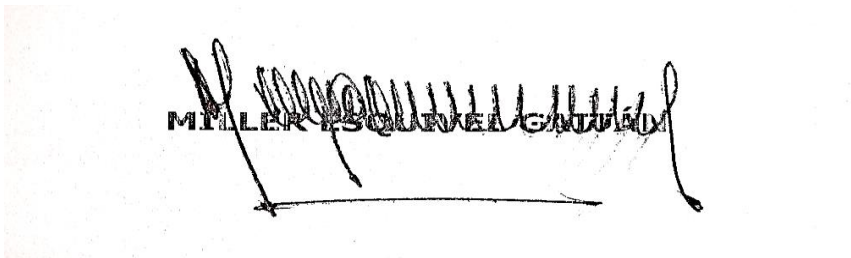
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 CARMEN ALICIA ROSAS CARVAJAL
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 2019 00475 01. Juz 8.**

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días de diciembre 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

CARMEN ALICIA ROSAS CARVAJAL demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 4.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 y 5. El 26 de marzo de 1999, se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, dijo que para ese momento no se le brindó información clara y oportuna sobre las ventajas y desventajas del RAIS ni le efectuó ningún estudio previo sobre su situación para así escoger el régimen que más le convenía. La AFP le realizó una simulación pensional y le informó que, de continuar cotizando hasta los 57 años de edad, su mesada pensional ascendería a la suma de \$828.116 y en Colpensiones sería de \$2.484.356, valor ostensiblemente mayor al reconocido por Porvenir pues acredita un total de 1304 semanas. El 20 de agosto de 2019, solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado, petición que fue negada.

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 **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 66 a 85.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 99 a 101.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó: la edad, la reclamación administrativa y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, genérica e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Sentencia de Primera Instancia

Mediante auto del 18 de mayo de 2021 (según el expediente virtual remitido por el A quo), de conformidad con lo dispuesto en el literal b artículo 5 del Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, se dispuso asumir el conocimiento del proceso por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito y mediante sentencia de fondo declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante del RPM al RAIS administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES - PORVENIR S.A. el 26 de marzo de 1999. Condenó a Porvenir a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración y declaró a ROSAS CARVAJAL válidamente afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Llegó a esa determinación al constatar que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, como quiera que la administradora debe garantizar el cumplimiento al deber de información desde el momento del traslado según lo ha expresado la SL CSJ. Indicó que la demandante no contó con la información suficiente, pues no se le pusieron de presente las ventajas y desventajas que acarrearía la decisión de cambio, aunado a que la simple suscripción del formulario resulta insuficiente para acreditar el deber de información que recae sobre la AFP, como quiera que si bien en tal documento se plasmó el consentimiento de la demandante este no fue informado. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como quiera que la nulidad de traslado al estar ligada a un derecho pensional, es imprescriptible.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES, solicita se revoque el fallo, toda vez que para el momento del traslado no se exigía documentar la información brindada, pues la obligación nació solo hasta el 2008 y es por ello que el único soporte de asesoría es el formulario de afiliación el cual es suficiente para acreditar el cumplimiento al deber de información, circunstancia por la cual considera que el cambio de régimen fue válido. Pide ordene la indexación de los gastos de administración, ya que tales sumas al ser trasladadas ya estarán depreciadas por el paso del tiempo.

La **AFP PORVENIR S.A.**, considera que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, por cuanto en el interrogatorio de parte la demandante indicó que conocía de las características del RAIS pues habían sido comunicadas por el asesor de la AFP, señaló que en el formulario de afiliación la actora plasmó su voluntad de afiliarse al RAIS, aunado a que no era obligatorio brindar ningún tipo de información ya que solo era necesario el diligenciamiento de la solicitud de afiliación e informarle las condiciones de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera verbal. Manifestó que ROSAS CARVAJAL faltó a sus obligaciones como consumidor financiero, al no indagar sobre su futuro pensional al momento del cambio de régimen ni durante su vinculación, por lo que al continuar efectuando aportes a Porvenir y al no acudir a la administradora, ratificó su decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Refirió que no es dable ordenar la devolución de la comisión por administración dado que estos se encuentran autorizados por la Ley y obedecen a la buena gestión de la administradora. Concluyó que en caso de confirmarse la decisión existiría un enriquecimiento injustificado a favor de Colpensiones y al retrotraer las cosas a su estado inicial la promotora del proceso debería devolver los rendimientos financieros que se causaron.

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

Parte demandante: pide se confirme la decisión, al no probarse por parte de la AFP el cumplimiento al deber de información como tampoco la asesoría brindada, sin que el formulario acredite tal deber tal como lo expresó la SL CSJ.

Parte demandada:

PORVENIR; adjugó que no le asiste razón al A quo al declarar la nulidad del traslado ya que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento que conllevarán a

tal decisión, máxime cuando Porvenir le brindó la posibilidad a la actora de retractarse del cambio sin que la misma manifestara oposición, por lo que el traslado de régimen pensional se hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones. Manifestó su desacuerdo con la orden de devolver los gastos de administración ya que tales sumas tienen una destinación específica por mandato legal que no puede desconocerse.

COLPENSIONES; manifestó que no es procedente la declaratoria de nulidad del traslado, como quiera que no se probó la existencia de vicios del consentimiento por lo que la afiliación a Porvenir fue libre, voluntaria y válida, decisión que plasmó al momento de suscribir el formulario de vinculación, razón por la cual considera no es dable asumir que la AFP faltó al deber de información ya que para la fecha del cambio de régimen, solo se debía documentar la asesoría brindada a través de la solicitud de afiliación. Concluyó que, al ordenar el retorno de la demandante al RPM, se afectaría el principio de sostenibilidad financiera ya que se está obligando a Colpensiones a responder por unos aportes que no recibió.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición de fecha 20 de agosto de 2019 (fl. 13), en el que solicitó la nulidad del traslado de régimen, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra adscrita al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 26 de marzo de 1999 cuando solicitó su vinculación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, según formulario que reposa en el expediente digital.

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 RAIS, ya que cuando tomó tal decisión no se le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la demandante el 26 de marzo de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la promotora del proceso, 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 como lo afirman los apelantes, 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 al 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 que considera Porvenir suficiente conforme lo señalado por la Superintendencia Financiera en la Circular. 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma, libre, voluntaria y válida si el fondo de pensiones (en este caso PORVENIR) 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; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, **se genera un traslado de la carga de la prueba** de la parte actora a la entidad demandada (SL4811-2020³, SL4373-2020, SL1688-2019⁴), 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. 31.989⁵,

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

³ 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.

⁴ 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.

⁵ "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.

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

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR, pues se limitó a manifestar que la promotora del litigio en el interrogatorio de parte manifestó que conocía de las características del RAIS, decisión que convalidó al momento de suscribir el formulario de vinculación, hecho con el cual se demostró el deber de información, no obstante, es de resaltar que la valoración del cumplimiento de dicho deber 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) y no desde el año 2008 como erróneamente lo afirma el apoderado de Colpensiones, sin que sea de recibo el argumento de las demandadas consistente en que para el momento del cambio de régimen de la demandante, no era obligatorio documentar la asesoría brindada pues la misma se daba de forma verbal, como quiera que es la administradora quien debe brindar un panorama completo de las ventajas y desventajas de pertenecer al régimen que administra tal como prevé la Ley 100/93.

Además, la demandada PORVENIR, no aclaró en que consistió esa información **verbal** y si adicionalmente a esa exposición le brindó un panorama completo de las características y falencias de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad sumado a una proyección del monto de su pensión, la cual podía efectuarse actuariando 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 y que el traslado fuese realmente válido, omisión que no se subsana por el hecho realizar cotizaciones al RAIS, ya que tal situación no demuestra que a la actora se le haya brindado información completa, veraz y oportuna sobre su decisión de traslado, tampoco es suficiente la manifestación de la AFP en la que señaló que para la época del traslado su única responsabilidad era la suscripción del formulario, pues este junto con las afirmaciones de los formatos **resulta insuficiente** para dar por demostrado el deber de información, aunado a que es la AFP la que tiene el deber ineludible de obtener de la afiliada su consentimiento informado, lo que implica la comprensión de la información (SL4964-2018, SL4373-2020 entre otras), pues ante la falta al deber de información lo único que se demuestra es que la vinculación de la actora al RAIS no fue voluntaria y mucho menos informada.

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"

Insuficiencias que no se subsanan ni mucho menos se ratifican con el hecho de realizar cotizaciones y de no acudir a la AFP para indagar sobre su futuro pensional, 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.

En lo que respecta a las faltas al deber del consumidor financiero, al actuar desinteresado de la actora y apelado por Porvenir, lo que La Sala advierte es una falta absoluta a las obligaciones establecidas por la administradora del fondo de pensiones que precisamente pide 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 y oportuna acerca de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio ofrecido, aunado a que tal y como lo ha expresado la reiterada y pacífica jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, es la AFP quien debe suministrar información **suficiente, clara y veraz al momento del traslado y durante toda la vinculación** y no solo sobre las características del régimen que administra, sino también de las consecuencias que le acarrearía tal decisión a la trabajadora.

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 pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones por concepto de seguros previsionales, 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, 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."

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la Juez de ordenar a 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 de la demandante, es ella 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, rendimientos financieros y sumas destinadas al aseguramiento de la afiliada, sin que esta circunstancia le genere un enriquecimiento injustificado a la actora ni a Colpensiones, pues como ya se indicó fue la administradora quien faltó a sus obligaciones especiales.

Finalmente, 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 de la afiliada** (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 , 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.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una 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

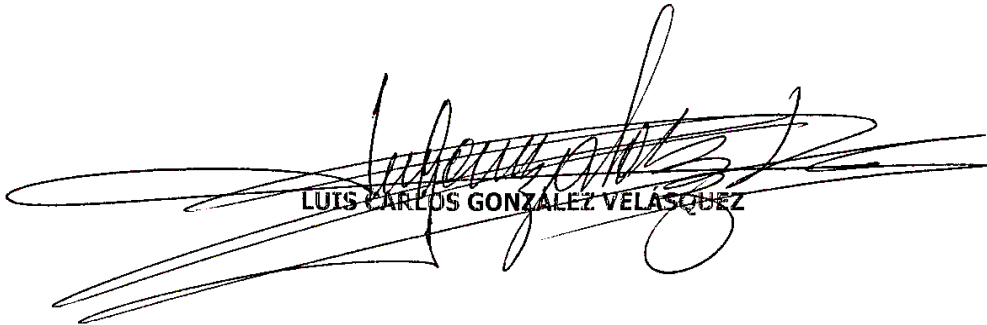
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de agosto de 2021, 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 cada una 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.

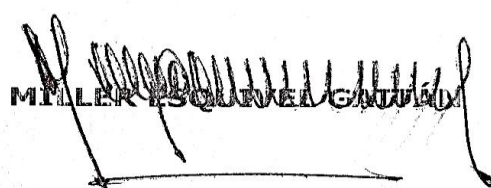
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA PATRICIA TAMAYO JARAMILLO CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 2019 00774 01 Juz. 29.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA PATRICIA TAMAYO JARAMILLO demandó a **COLPENSIONES** y a **PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en los folios 52 y 53.

- Nulidad e ineficacia del traslado de régimen realizado a PORVENIR S.A.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 49 a 52. Nació el 22 de agosto de 1961, se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 17 de enero de 1983, donde cotizó 807.90 semanas, se trasladó con 38 años de edad a la AFP PORVENIR S.A. el 28 de junio de 1999, sin que se le brindara ningún tipo de asesoría respecto de ventajas, desventajas, no se le efectuó una proyección pensional y no se le dijo de la posibilidad de retornar al RPM, solo se le indicó que el ISS se acabaría y que perdería sus aportes. La AFP PORVENIR le efectuó una proyección pensional que arrojó como mesada pensional la suma de \$1.144.100, mientras que en el RPM sería equivalente

a \$2.806.538. El 10 de octubre de 2019, le solicitó a COLPENSIONES la reactivación de la afiliación al RPM, de igual manera, el 16 de octubre del mismo año, pidió la anulación de la afiliación, las cuales fueron resueltas desfavorablemente.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido los traslados, las demandadas contestaron así:

COLPENSIONES; en los términos del escrito visible a folios 83 a 89.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS, la petición radicada por la accionante, la respuesta a la petición y la respuesta a un requerimiento de la procuraduría.
- Propuso como excepciones de mérito: Prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

La **AFP PORVENIR;** en los términos del escrito visible a folios 143 a 157.

- Se opuso a las pretensiones
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, las semanas cotizadas en el fondo publico previo al traslado de régimen, la fecha de afiliación al RAIS, la edad al momento del traslado y la respuesta a la petición elevada por la accionante.
- Propuso 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.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS. Ordenó a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno y ordenó a COLPENSIONES recibir

dichas sumas y actualizar la historia laboral. Llegó a esa determinación, como quiera que PORVENIR no probó que la información brindada a la actora haya sido suficiente y completa, ya que la demandante en su interrogatorio indicó que había ido un asesor de PORVENIR a la entidad donde laboraba, quien les sugirió trasladarse de régimen, ya que allí obtendrían una mejor pensión. Finalmente, adujo que si bien el formulario se encuentra diligenciado y no fue desconocido por TAMAYO JARAMILLO, TAL DOCUMENTO no es prueba suficiente para acreditar el cumplimiento al deber de información de la AFP.

Recurso de Apelación.

COLPENSIONES; indicó que debe condenarse a PORVENIR a que restituya las sumas descontadas por gastos de administración y seguro previsional, ya que con las sumas que fueron ordenadas en la sentencia (cotizaciones y rendimientos) resultan insuficientes para solventar la carga impuesta de recibir una nueva afiliada que nunca cotizó al RPM, lo que genera una descapitalización del sistema público de pensiones.

Alegatos ante este tribunal (Artículo 8 Decreto 806 de 2020)

PARTE DEMANDANTE; Sostuvo que el traslado efectuado al RAIS no es válido al estar precedido por la falta de información suministrada a la actora, lo cual se logró acreditar en juicio, además, indicó que el formulario de afiliación suscrito por sí solo no valida el acto jurídico de traslado. Explicó que no es un argumento válido la descapitalización del sistema pensional ya que jurisprudencialmente se ha sostenido que no se afecta la sostenibilidad por cuanto se efectúa el traslado de todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de TAMAYO JARAMILLO, con lo que se solventa en gran parte el beneficio pensional al que puede acceder, por lo que solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia.

PARTE DEMANDADA;

COLPENSIONES: Argumentó que el traslado efectuado al RAIS administrado por PORVENIR fue totalmente valido, que los asesores del mencionado fondo informaron a la demandante del acto que iba a realizar, sus beneficios y consecuencias, además, que en el transcurso del proceso no se demostró que la información haya sido incompleta o parcializada y por el contrario, el argumento de que el ISS se iba a acabar carece de validez dado que a los afiliados de dicha entidad se les garantizaron todos sus derechos por intermedio de COLPENSIONES. Agregó que, si se confirma la decisión de primera instancia, se afectaría notablemente el principio de estabilidad financiera del sistema general de seguridad social en pensiones a pesar de que se ordene el traslado de aportes realizados por TAMAYO JARAMILLO al RAIS. Por último, sostuvo que tampoco es procedente el traslado en razón a que se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797/2003 y no es beneficiaria del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima que permita efectuar el traslado en cualquier momento.

AFP PORVENIR: Indicó que el traslado fue totalmente valido, que el juzgador de primera instancia valoró la falta al deber de información conforme a leyes posteriores de las que estaban vigentes al momento del traslado y que el formulario es totalmente valido ya que era el requisito establecido en el momento del traslado.

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 devolución de los gastos de administración a favor de Colpensiones.

No existe controversia en la declaratoria de nulidad del traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP PORVENIR, a donde se trasladó el 28 de junio de 1999 (fl. 90), por lo que La Sala procederá a estudiar la devolución de los gastos de administración que refiere el recurrente.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del formulario del 10 de octubre de 2019, en la que se solicitó la activación de su afiliación 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.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración, solicitada por COLPENSIONES, La Sala acogerá tal solicitud, sea la oportunidad para indicar que dicha condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual la AFP PORVENIR S.A. deberá transferir a Colpensiones todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo. 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, 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.”

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, La Sala encuentra que se debe **MODIFICAR** la sentencia emitida en primera instancia en sus numerales **SEGUNDO** y **TERCERO**, a fin de que **PORVENIR** realice la devolución con destino a **COLPENSIONES**, de todas las sumas descontadas por concepto de gastos de administración durante la vigencia de la afiliación de la demandante al RAIS.

COSTAS: Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de abril de 2021, el cual quedará de la siguiente manera:

"SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido y/o descontado con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA PATRICIA TAMAYO JARAMILLO, por concepto de cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el termino de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia."

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de abril de 2021, el cual quedará de la siguiente manera:

"TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto de cotizaciones, rendimientos, bonos pensiones y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar la historia laboral."

TERCERO: COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso.

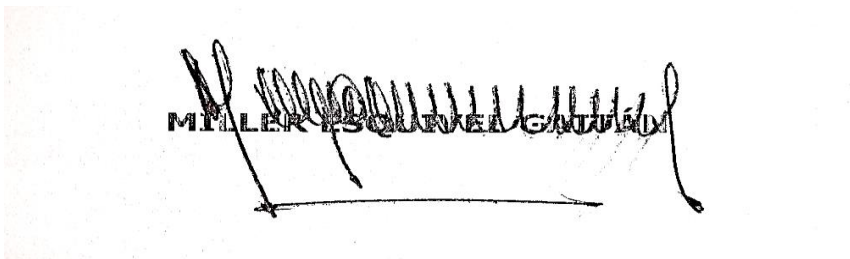
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 ÁLVARO RODRÍGUEZ LARA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Rad. 2019 00783 Juz 31.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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

ÁLVARO RODRÍGUEZ LARA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 7. Nació el 01 de agosto de 1960. Inició sus aportes al ISS y a CAJANAL el 10 de diciembre de 1990, donde cotizó un total de 278 semanas. El 27 de enero de 1997, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, momento en el que solo se le dijo que el ISS se acabaría, pero no se le habló sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional, ni de la posibilidad de retornar al RPM. Al efectuar una simulación pensional, determinó que su mesada en Colpensiones ascendería a la suma de \$3.156.432 mientras que en Porvenir sería de \$1.100.000, situación que perjudica el futuro pensional ya que para la fecha en la que se trasladó a Porvenir no se le realizó ninguna simulación pensional para que su decisión de cambio hubiese sido informada. En 2019, solicitó a las demandadas la nulidad del traslado, petición a la que no accedieron.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno 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. 47 a 64.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS y a CAJANAL, las semanas de cotizadas al RPM, y la petición de nulidad.

- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, 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, buena fe y genérica.

PORVENIR S.A. en los términos del escrito visible en el CD contentivo del expediente virtual.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó el hecho de que el demandante no es beneficiario del régimen de transición.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Mediante auto del 18 de septiembre de 2020 (el cual reposa en el expediente digital), se ordenó la vinculación de la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP**, quien contestó en los términos del escrito que milita en el archivo denominado "007. 2019-783 Contestación":

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada, caducidad, sobre la condena en costas y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones. Llegó a esa determinación al considerar que el traslado de régimen pensional del demandante, efectuado el 27 de enero de 1997 fue libre, pues con su permanencia en tal régimen manifestó su voluntad de afiliarse a Porvenir. Resaltó que el consentimiento fue informado y plasmado por el actor en el formulario de afiliación, documento que encontró ajustado a lo establecido por la Ley. Indicó que el promotor del proceso, confesó en su interrogatorio de parte que recibía los extractos de su cuenta de ahorro individual, realizó aportes voluntarios y que se le brindó la información suficiente sobre el funcionamiento del RAIS y que al momento del traslado pudo prever de las consecuencias que le acarrearía el mismo. Indicó que la inconformidad con el valor de la mesada pensional no es óbice para declarar la nulidad del traslado. Ordenó oficiar a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial Seccional Cundinamarca para que se investiguen las presuntas irregularidades en que pudo incurrir el titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de la Palma en el nombramiento del demandante como oficial mayor de ese despacho, como quiera que el mismo actor indicó que no cuenta con la formación profesional requerida.

Recurso de Apelación

Solicita se revoque la decisión, como quiera que el A quo desconoció el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, ya que son las administradoras quienes deben garantizar el cumplimiento del deber de información, por lo que no es dable imponerle al demandante la carga probatoria respecto a la insuficiencia de la información y asesoría de las demandadas, ya que son dichas entidades las que debe probar que suministraron información, completa, clara y veraz y no solo sobre las características y beneficios del RAIS, sino también de las

consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen. Consideró que tampoco es válido el argumento del juzgador de primera instancia, consistente en que el promotor del juicio al momento del traslado no era beneficiario del régimen de transición, ni tampoco tenía una expectativa legítima, pues según lo citado por la SL CSJ en sentencia 4426/19, nada de ello tiene que ver con el deber de información que debe garantizar las AFP teniendo en cuenta que lo que se debate es un derecho pensional, agregó que la simple suscripción del formulario de vinculación no acredita el consentimiento informado del afiliado, ya que tales documentos son formatos preimpresos que no demuestran la asesoría realizada para la fecha en la que trasladó de régimen. Pide se ordene la devolución de los gastos de administración descontados por Porvenir, conforme lo ha señalado la CSJ.

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

Parte demandante: pide se revoque la decisión, al probarse en el asunto que no se brindó al actor la información suficiente sobre las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen, sin que el formulario acreditará el cumplimiento al deber de información que le asistía a la AFP por lo que es procedente la nulidad del traslado, sin que la presente acción esté sujeta al fenómeno de la prescripción por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a un derecho pensional.

Parte demandada:

COLPENSIONES, recalcó que no se probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declare la nulidad del traslado, ya que es prueba suficiente el formulario de vinculación del cual se constata que la decisión de traslado del demandante se hizo de forma libre y voluntaria. Indica que no es procedente el retorno de RODRÍGUEZ LARA pues tal decisión descapitalizaría el sistema que la entidad administra.

PORVENIR, pide se confirme la decisión al considerar que en el asunto no se probó la existencia de vicios de consentimiento para que se declare la nulidad del traslado entendiéndose el mismo como válido. Adujo que al actor se le brindó toda la información necesaria respecto del RAIS tal como lo confirmó al momento de suscribir el formulario de vinculación, por lo que no es dable exigirle a la AFP documentos distintos al formato ya que para la data en que se efectuó el cambio de régimen era suficiente con la firma del formulario y al imponerle cargas distintas a las establecidas se estaría violando el debido proceso y la confianza legítima del fondo. Indicó que la devolución de gastos de administración y primas de seguros no están llamados a prosperar, como quiera que tales sumas no corresponden a los afiliados al no hacer parte integral de la pensión.

UGPP, manifestó que en el asunto se probó la evidente falta de legitimación en la causa ya que la entidad no participó en el acto jurídico de traslado.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta de Colpensiones obrante a folio 46, de fecha 17 de junio de 2019, en la que se negó el traslado al RPM, 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 del demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 27 de enero de 1997 cuando se vinculó a PORVENIR (tal como se advierte de la contestación de la demanda) y el traslado automático el 04 de octubre de 1999 a HORIZONTE hoy PORVENIR quien es su actual administradora. Frente a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión PORVENIR, no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al respecto, si bien la demandante el 27 de enero de 1997, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por RODRÍGUEZ LARA, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario **no es suficiente** para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información **veraz y suficiente**, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008

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

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

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

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

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

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

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

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

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

con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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

Nada de lo anterior demostró la PORVENIR, ya que se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación y si bien ésta AFP al contestar la demanda manifestó que previo al traslado, le suministro al demandante información verbal donde explica los beneficios del régimen, la cual, según se logró determinar con el interrogatorio de parte, pues por el contrario lo que es claro es que el actor al momento del traslado, ni siquiera conocía de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez

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

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

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

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

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

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

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

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"

en el RAIS, además la entidad (Porvenir) no demostró ni aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión.

También es importante precisar que la administradora debe probar el cumplimiento al deber de información al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber **siempre ha existido** (SL1452-2019⁵), porque tal como lo ha expresado en su reiterada y pacífica jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, tal obligación ha estado vigente desde la expedición del sistema general de pensiones, por lo que en el asunto es evidente que a RODRÍGUEZ LARA no se le brindó información real y acorde a su situación al momento de la afiliación con la AFP, y es por ello que solo hasta el momento en se encontró a puertas de alcanzar la edad para solicitar su reconocimiento pensional, fue que evidenció que no conocía de las verdaderas consecuencias que le había acarreado su decisión de cambio de régimen.

Ahora, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) **sin que nada tenga que ver** si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición o cuenta con una expectativa legítima pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones"*.

De conformidad con todo lo anterior, colige La Sala que ÁLVARO RODRÍGUEZ LARA no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a **REVOCAR** la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual efectuada el 27 de enero de 1997 a la AFP PORVENIR, decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Por lo tanto y como quiera que actualmente la parte actora se encuentra vinculado con PORVENIR S.A., ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones **todos los valores** que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales 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 y los gastos de administración tal como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral

⁵ 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.

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."

De otra parte es de advertir que con esta decisión no se afecta el principio de la sostenibilidad financiera a Colpensiones, pues este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dinero que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-20206) 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 se reitera implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-20207, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Bajo los anteriores razonamientos, se **REVOCA** la sentencia apelada.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 05 de marzo de 2021, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de **ÁLVARO RODRÍGUEZ LARA** al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 27 de enero de 1997 con destino a la AFP PORVENIR y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **PORVENIR S.A.** como actual administradora del actor a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubiere recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

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

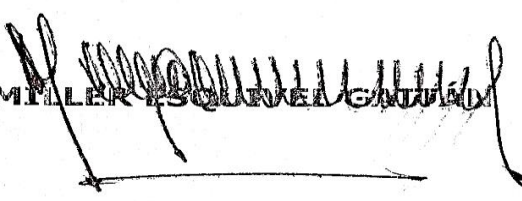
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 VIVIAN ROJAS CHADID CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2019 – 00789- 01 Juz. 26.

En Bogotá D.C., a los nueve (09) días de Diciembre 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

VIVIAN ROJAS CHADID demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 36 y 37 del archivo 1 del expediente digital.

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

Los hechos de la demanda se describen a folios 37 y 38 del archivo 1 del expediente digital. Nació el 19 de octubre de 1968, se afilió al ISS el 22 de agosto de 1986, cuenta con 51 años, se trasladó el 4 de septiembre de 1998 a PORVENIR S.A., sin embargo, el traslado fue precedido por información incompleta y errónea, un ejemplo de ello es que solo le indicaron las ventajas del RAIS, pero no se hizo mención de las desventajas de pertenecer al fondo privado, así como la posibilidad

de acceder a una pensión antes de la edad establecida en el RPM, el capital necesario para acceder a dicha prestación o la posibilidad de retornar al RPM antes de los 47 años, entre otras características importantes para dar una información adecuada antes de suscribir formulario de afiliación con el fondo privado. El 14 de junio de 2019 presentó derecho de petición ante PORVENIR a fin de obtener copia de los documentos que precedieron la afiliación al RAIS, copia de la historia laboral y la realización de una proyección pensional. Por otra parte, el mismo 14 de junio de 2019 radicó reclamación ante COLPENSIONES en la que solicitó declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS y reactivación de la afiliación al RPM, como consecuencia de ello, en la misma fecha el fondo público le remitió la historia laboral de ROJAS CHADID y denegó la solicitud.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad (Fl. 65 archivo 1 Exp. Digital) una vez asumió conocimiento en virtud del auto que rechazó demanda en el Juzgado Tercero laboral del circuito de Tunja (Fls. 57 y 58 archivo 1 Exp. Digital) y el impedimento relacionado por el Juzgado Veintitrés laboral del circuito de Bogotá (Fls. 61 y 62 archivo 1 Exp. Digital), se corrió el traslado respetivo, donde las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 72 a 77 del archivo 1 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación al RAIS, la edad de la actora, las peticiones presentadas en ambos fondos y la respuesta del fondo público en lo de su competencia.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visto a folios 81 a 93 del archivo 1 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.

- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Una vez asumido el conocimiento del proceso este fue tramitado por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá (auto visible a folio 63, archivo 1 del Exp. Digital) el que puso fin a la instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado en el mes de julio de 1998, razón por la cual condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin lugar a descuentos por gastos de administración, a COLPENSIONES le ordenó recibir dichas sumas, reactivar la afiliación de la actora y contabilizar las semanas cotizadas. Llegó a esta determinación luego de comprobar que PORVENIR no cumplió con el deber de suministrar información clara y suficiente a la actora al momento del traslado, además, con la simple suscripción del formulario no se logra demostrar qué información le fue brindada, también, porque la poca información que recibió fue por parte del Personero municipal quien era un compañero de trabajo, más no intervino un asesor de PORVENIR. Preciso que si bien la actora es abogada y quizás pudo conocer de las características de la Ley 100/93, el que tenía la carga de informarla en el actor de su afiliación era el fondo privado, independientemente de los conocimientos académicos o la profesión de la persona, porque es ella quien se encuentra en posición de inferioridad en el contrato suscrito.

Recurso de Apelación

PORVENIR: Expuso su desacuerdo en el sentido de indicar que al momento del traslado de régimen se cumplió con la carga impuesta por la Ley vigente, la actora al momento del cambio no era beneficiaria de ningún beneficio pensional, la suscripción del formulario recogió su voluntad lo que implica conocer las características del régimen. No se puede desconocer que la demandante es abogada, comprende y tiene la capacidad de conocer los conceptos jurídicos relacionados con la materia. En la época del traslado no había exigencia probatoria adicional a la suscripción del formulario.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada:

PORVENIR: No se probó de ninguna manera que se haya faltado al deber de información al momento del traslado así como tampoco la existencia de un vicio del consentimiento, por lo que el mismo guarda plena validez conforme a la normativa vigente, aseguró que la permanencia en el tiempo y el no uso del derecho de retracto acreditan que la voluntad de la actora era permanecer vinculada al RAIS. Sostuvo que al ordenarse la devolución de sumas como los gastos de administración se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, en cuanto recibirá unos valores que por Ley estaba autorizado a descontar el fondo privado producto de la gestión de administración de los aportes de la demandante, por lo que suplicó se revoque la decisión.

COLPENSIONES: Sostuvo que el traslado de régimen fue valido conforme a las documentales aportadas, que no se logró probar la existencia de algún vicio del consentimiento al momento del traslado, además, adujo que los asesores de PORVENIR le suministraron la información clara, suficiente y necesaria para que la actora tomara una decisión libre y voluntaria, la cual a la final terminó tomando para trasladarse al RAIS. Explicó que al declararse la ineficacia pretendida, se afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera del fondo público por cuanto si bien se restituyen todos los aportes de la cuenta de ahorro individual de ROJAS CHADID, lo cierto es que se debe asignar un presupuesto mayor para poder cubrir la obligación pensional de la actora, por lo que solicitó se revoque íntegramente la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

del recurso de apelación”, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 13 (petición) y 14 a 16 (respuesta por parte del fondo público), con lo que se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6 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 administrado por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 20 archivo 1 Exp. Digital), fondo al cual se trasladó desde el 4 de septiembre de 1998, afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP PORVENIR S.A., no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos.

Al respecto, si bien la demandante el 34 de septiembre de 1998 (fl. 26 archivo 1 Exp. Digital), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para

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

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;*

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se 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 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 (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le

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

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

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

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

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

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

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

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. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento. Nada de lo anterior demostró PORVENIR S.A., ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria y si bien ésta AFP manifestó que previo al traslado, le suministró a la demandante información verbal donde explica algunos de los beneficios del régimen, la entidad no demostró ni aclaró si adicionalmente a esa exposición inicial le expuso un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aún cuando le faltaban 28 años para alcanzar la edad de pensión, nótese que la demandante en su interrogatorio de parte fue enfática en afirmar que la información que recibió fue indirecta, porque niquiera intervino un asesor de PORVENIR sino que la información se la dio otro empleado del lugar donde laboraba, el cual le manifestó que el ISS se iba a acabar, que perdería sus aportes y que el no afiliarse al fondo privado le acarrearía consecuencias negativas.

Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante conociera en el momento algunas de las características del

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

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

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

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

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

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

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

RAIS y del RPM ni mucho menos por sus calidades académicas como la demandada PORVENIR pretende fundamentar su actuar negligente y descuidado, pues recuérdese que 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 este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación de entregar información parcial y general no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo, ni mucho menos, el conocimiento o preparación profesional de la afiliada para sanear el incumplimiento por parte de la AFP.

Es de advertir que la ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado y 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 cuenta con una expectativa legítima, 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".

De conformidad con todo lo anterior, colige La Sala que a ROJAS CHADID no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 908.526 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 el veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Veintiséis Laboral del circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 908.526 a cargo de la apelante.

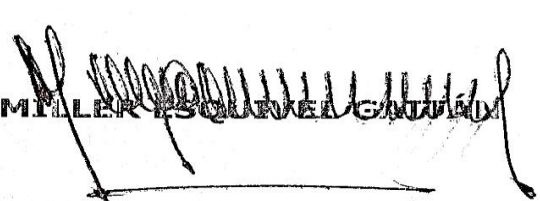
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 LUZ AMPARO ROZO SEGURA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2019 – 00840- 00 Juz. 01 TRANSITORIO (Juzgado de origen: 18).

En Bogotá D.C., a los nueve (09) días de Diciembre 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

LUZ AMPARO ROZO SEGURA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 7 y 8 del archivo 1 del expediente digital.

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

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 6 del archivo 1 del expediente digital. Nació el 19 de abril de 1963, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100/93 contaba con 30 años de edad, inició a cotizar al ISS el 1 de enero de 1995, en el mencionado fondo aportó 37.14 semanas, el 3 de septiembre de 1996 suscribió

formulario de afiliación con PORVENIR S.A., sin embargo, el traslado se originó por una información incompleta y errónea, un ejemplo de ello es que le indicaron que el ISS se iba a acabar y corría el riesgo de perder los aportes pero no se hizo mención de las ventajas o desventajas de pertenecer al RAIS, la posibilidad de acceder a una pensión antes de la edad establecida en el RPM, el capital necesario para acceder a dicha prestación, la posibilidad de retornar al RPM antes de los 47 años, entre otras características importantes para dar una información adecuada antes de suscribir formulario de afiliación con el fondo privado. Al efectuar una simulación pensional entre ambos regímenes, los resultados fueron abiertamente favorables a la pensión que podría obtener en el RPM, razón por la cual, presentó reclamación ante COLPENSIONES el 16 de octubre de 2019 en la que solicitó la aceptación de su afiliación al fondo público.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad (Fls. 53 y 54 archivo 1 Exp. digital) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en medio magnético que reposa a folio 58, archivo 1 de del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de inicio de cotizaciones ante el ISS y las semanas cotizadas, la fecha de nacimiento de ROZO SEGURA, la edad al momento de entrar en vigencia la Ley 100/93 y la reclamación presentada por la actora el 16 de octubre de 2019.
- Formuló como excepciones de mérito; el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visto a folios 3 a 28, archivo 2 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la edad al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, el beneficio de pensionarse a cualquier edad en el RAIS y la posibilidad de cambio de régimen en cualquier momento.
- 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.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso y una vez asumido el conocimiento del asunto (auto visible en archivo 3 del Exp. Digital) por parte del Juzgado Primero transitorio laboral del circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado el 3 de septiembre de 1996, por lo que declaró válidamente afiliada a ROZO SEGURA al RPM y condenó a PORVENIR al traslado de todos los valores que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la actora, así como también los gastos de administración descontados durante la vigencia de la afiliación al RAIS. Llegó a esa determinación al considerar que el simple hecho de suscribir el formulario de afiliación no es una prueba suficiente para acreditar que se haya cumplido con el deber de información, ya que el mencionado formulario se encuentra pre impreso y en gracia de discusión éste simplemente acredita un consentimiento más no el cumplimiento completo al deber de información. Precisó que en estos asuntos no es necesario acreditar que el afiliado sea beneficiario o no del régimen de transición, o que tenga un derecho adquirido para que proceda el traslado de régimen pensional. De otra parte, indicó que PORVENIR no allegó prueba diferente al formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento al deber de información y no desvirtuó lo dicho por la demandante en su interrogatorio cuando afirmó que la información brindada había sido incompleta y sesgada. Respecto a la excepción de prescripción expuso que no es dable declararla probada por cuanto los derechos pensionales son imprescriptibles y al no discutirse en la instancia una prestación económica sino un trámite administrativo no se puede aplicar el término trienal.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Indicó que el único requisito para la época del traslado era la suscripción del formulario de afiliación, por lo que con esto se valida la actuación, expuso que la actora se encuentra en la prohibición de la Ley 797/2003 y por ello no es posible declarar el traslado de régimen y estuvo en desacuerdo con la condena en costas por cuanto fue un tercero ajeno en el acuerdo suscrito entre el fondo privado y la afiliada, por lo que pidió que dicha condena solo recaiga en PORVENIR.

PORVENIR: Expuso que el traslado es válido y se cumplió con el deber de información para el momento en que se formalizó el traslado, por lo que no puede juzgarse el caso a la luz de normas posteriores. De igual modo, la afiliación fue voluntaria, libre y sin ningún tipo de presiones, por lo que el fondo ante dicha situación debe aceptar la decisión del afiliado de pertenecer a su entidad. Estuvo en desacuerdo con la condena en devolver los gastos de administración porque a su criterio, al declararse la ineficacia del traslado dichos valores no se causaron y tampoco es procedente devolver sumas ya generadas que crearon rendimientos y que la protegieron durante la vigencia de la afiliación al RAIS.

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

Parte demandante: Sostuvo que si bien PORVENIR le suministró información respecto de algunas características del RAIS, la misma fue incompleta y solo en procura de resaltar los beneficios de la afiliación a un fondo privado, pero no las posibles consecuencias de la afiliación, el monto de capital necesario para acceder a una pensión en el RAIS, la posibilidad de retorno al RPM, entre otras características importantes al momento del traslado, por lo que no cumplió con el deber de información que le asistía cumplir. Indicó que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar el cumplimiento al deber de información y quien debía probar dicho cumplimiento era el fondo privado, quien no cumplió con la mencionada carga, por lo que solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Parte demandada:

PORVENIR: Indicó que el traslado es plenamente válido y se ajustó a la normativa vigente para el momento en que se materializó, por lo que no puede juzgarse bajo Leyes posteriores, además, sostuvo que el formulario pre impreso es plena prueba del consentimiento brindado por la actora, ya que la Ley así lo permitía en su momento y bastaba con la simple suscripción de dicha forma. Explicó que en el interrogatorio de la demandante se estableció que ella conocía de algunas de las características del RAIS, y teniendo en cuenta que en el momento del traslado después de tres años podía retornar al RPM no lo hizo, se tiene que su decisión es libre y voluntaria de permanecer en el RAIS. Adujo que no puede condenarse a la devolución de las sumas descontadas por gastos de administración y seguro previsional, por ser valores causados, que no reposan en las arcas del fondo privado y que fueron descontados por disposición legal y en razón a la buena gestión del fondo con los aportes de la actora, así como el seguro previsional permitía asegurar a la afiliada en caso de alguna situación desafortunada, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión.

COLPENSIONES: Adujo que no existe en el expediente prueba que demuestre el incumplimiento al deber de información por parte del fondo privado al momento del traslado, además, que el fondo público es un tercero ajeno al acuerdo suscrito entre la actora y PORVENIR, por lo que no debería verse ni perjudicada ni beneficiada por las decisiones que se tomen respecto de dicha situación. Sostuvo que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003 y en razón a que no es beneficiaria del régimen de transición ni cuenta con una expectativa legítima no es válido declarar el traslado de régimen. Aseveró que con las decisiones de declarar ineficaz cualquier traslado de régimen sin revisar casos concretos se afecta el principio de sostenibilidad financiera de COLPENSIONES, porque si bien se hace un traslado de aportes, los mismos son insuficientes para cubrir el beneficio pensional del nuevo afiliado, lo que afecta indudablemente a los demás afiliados que si venían con sus cotizaciones al fondo público. Solicitó no ser condenada en costas porque siempre ha actuado de buena fe, y si bien negó la reclamación de afiliarse nuevamente a la actora, es porque no cumplía con los requisitos normativos necesarios, mas no por una actuación caprichosa.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 31 y 32, contentiva de la reclamación de fecha 16 de octubre de 2019, en la que solicitó la activación de su afiliación 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 administrado por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 26 archivo 1 y 66 archivo 2 Exp. Digital), fondo al cual se trasladó desde el 3 de septiembre de 1996, afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 3 de septiembre de 1996 (fl. fl. 26 archivo 1 y 66 archivo 2 Exp. Digital), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso 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 (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró PORVENIR S.A., ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria y si bien ésta AFP manifestó que previo al traslado, le suministró a la

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

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

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

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

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

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

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

demandante en una reunión en su lugar de trabajo información verbal donde explica algunos de los beneficios del régimen, la entidad no demostró ni aclaró si adicionalmente a esa exposición inicial y que fue brindada a la demandante le expuso un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aún cuando le faltaban 20 años para alcanzar la edad de pensión, nótese que la demandante en su interrogatorio de parte fue enfática en afirmar que la información que recibió fue que el ISS se iba a acabar, que perdería sus aportes, que se podría pensionar en el fondo privado a cualquier edad y obtendría rendimientos por sus cotizaciones, pero, estos dos últimos puntos no fueron estrictamente específicos en sus características respecto de temas como el capital necesario para acceder a la pensión a una menor edad, entre otros. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante conociera en el momento algunas de las características del RAIS y del RPM, pues recuérdese que 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 este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación de entregar información parcial y general no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo.

Es de advertir que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado y 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 cuenta con una expectativa legítima, 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". De conformidad con todo lo anterior, colige La Sala que a ROZO SEGURA no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a confirmar la sentencia apelada.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, impartida en contra de la AFP PORVENIR S.A., es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual la AFP deberá transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibió y/o descontó en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho legítima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de Colpensiones. 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."

Condena en costas frente a entidades públicas

Respecto de la procedencia de la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES en primera instancia, la cual fue alegada en el recurso presentado por la entidad, es de precisar que la misma se origina por ser una de las partes que fue vencida del proceso adelantado, ella presentó oposición a las pretensiones de la demanda y no prosperó ninguna de las excepciones planteadas. Así las cosas las actuaciones se encuentran acordes con los preceptuado en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., que indica:

"Artículo 365. Condena en costas: *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la **parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código."*

Bajo los anteriores razonamientos, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 908.526 a cargo de 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 proferida el veintiuno (21) de julio del dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Primero Transitorio del circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 908.526 a cargo de cada una de las apelantes.

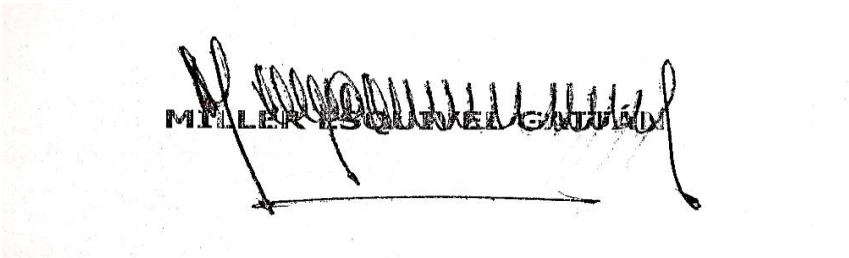
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 JENNY KERINA ZAMBRANO BARRAGÁN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP OLD MUTUAL Y PROTECCIÓN S.A. Rad. 2020 00018 01 Juz 36.

En Bogotá D.C., a los nueve (09) días de diciembre 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

JENNY KERINA ZAMBRANO BARRAGÁN demandó a COLPENSIONES, AFP OLD MUTUAL y PROTECCIÓN 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.
- 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. 1 y 2. Nació el 10 de septiembre de 1965. Inició sus aportes en el Caja de Previsión Distrital hoy ISS desde septiembre de 1991 donde cotizó 83,65 y en el RAIS 1165,17 para un total de 1249,36 semanas, allí permaneció hasta el 09 de noviembre de 1995, fecha en la que se trasladó a

Protección sin que en ese momento se le brindará información completa, adecuada y suficiente sobre las ventajas y desventajas de los distintos regímenes y no se le dijo de la oportunidad para retornar RPM, luego se trasladó a OLD MUTUAL quien le informó que su mesada pensional ascendería a la suma de \$2.126.997 mientras que en Colpensiones sería equivalente a \$4.271.783. El 17 de octubre de 2018, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional, el cual fue negado.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Seis 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 en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de afiliación previa al RPM, 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, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible en el expediente virtual.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la solicitud de retorno al RPM y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las

entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

PROTECCIÓN S.A. en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante y el traslado al RAIS.
- 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, 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de los aportes a otra administradora.

Sentencia de Primera Instancia.

Mediante auto del 23 de marzo de 2021 (según el expediente virtual remitido por el A quo), de conformidad con lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10/12/2020 y CSJBTA20-109 del 31/12/2020, se dispuso asumir el conocimiento del proceso por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito, quien puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por JENNY KARINA ZAMBRANO BARRAGÁN al RAIS administrado por PROTECCIÓN. Ordenó a OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos. También ordenó a PROTECCIÓN y OLD MUTUAL reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de

administración, a prorrata del tiempo en que la actora estuvo afiliada en cada fondo y a Colpensiones a recibirlos y actualizar la historia laboral. Llegó a tal determinación luego de establecer que PROTECCIÓN no probó haberle suministrado la información suficiente a la demandante al momento de su vinculación a esa AFP, incumpliendo así con deber de información y asesoría en los términos descritos por la SL CSJ, recalcó que la suscripción de formulario de afiliación no es suficiente para acreditar un consentimiento informado, como quiera tales documentos son formatos preimpresos. Señaló 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, 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.

PROTECCIÓN S.A. manifestó no estar de acuerdo con la devolución de los gastos de administración ni las sumas por concepto de seguros previsionales, como quiera que durante la afiliación de la demandante a la AFP estuvo cubierta por los riesgos de invalidez y muerte, y la causación de rendimientos demuestran la buena gestión de Protección. Indicó que al devolver la comisión de administración se desconocería el principio de restituciones mutuas consagrado en el art. 1746 del Código Civil y 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, Señaló que, no se probó la existencia de algún perjuicio irremediable ocasionado a la actora, pues por el contrario los rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual acreditan un beneficio que no se generó en Colpensiones.

La demandada **AFP OLD MUTUAL**, solicita se revoque la decisión, como quiera que no existió una afiliación previa al RPM, pues para el 01 de abril de 1994 no se encontraba afiliada al ISS, por lo que no es procedente ordenar el traslado al régimen de prima media cuando nunca se estuvo afiliado al mismo, aunado a que conforme la historia laboral aportada por Old Mutual no obra ninguna cotización al Instituto de Seguros Sociales, ya que la demandante se encontraba vinculada a la Caja de Previsión Distrital. Indicó que, en caso de confirmarse la decisión, pide no se ordene

la devolución de la comisión de administración dado que estos ya se encuentran prescritos al no ser emolumentos que financien una prestación y según lo señalado por la Superintendencia Financiera, al momento de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, solo procede la devolución de las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de la afiliada, por lo que al devolver tal comisión de manera indexada se estaría imponiendo una doble sanción que generaría un enriquecimiento sin causa a favor de ZAMBRANO BARRAGÁN.

COLPENSIONES, dijo que no es dable aplicar el precedente jurisprudencial proferido por la Corte Suprema de Justicia, ya que la afiliación de la demandante a Protección correspondió a la elección inicial de régimen pensional y no a un traslado, según se corrobora del formulario de vinculación de la AFP, aunado a que la accionante se encontraba inactiva al sistema desde mayo de 1993, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/1993, por lo que no es dable afirmar que la demandante eligió el régimen de prima media en el año 1991 cuando se afilió a la Caja de Previsión ya que para aquella fecha no existían los regímenes pensionales y solo hasta 1995 se afilió por primera vez al RAIS administrado por Protección. Pide se de aplicación a la sentencia proferida por la SL del TSB en el proceso con radicado 2017 00223 con ponencia del magistrado Luis Carlos González, en donde se recalcó que en este tipo de procesos no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, ya que lo que existió fue una selección inicial del régimen pensional. Concluyó que, en caso de confirmarse la decisión, la SL CSJ ha señalado que el deber de información ha variado con el paso del tiempo y solo era exigible si ZAMBRANO BARRAGÁN fuese beneficiaria del régimen de transición o contará con una expectativa legítima al momento del traslado, por lo que no era dable imponerle obligaciones distintas a las vigentes para la época de la afiliación al RAIS, máxime cuando el formulario de vinculación fue válido ya que el mismo fue suscrito de forma libre, voluntaria y sin presiones.

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

PARTE DEMANDANTE: Sostuvo que se acreditó que el traslado efectuado por la actora estuvo precedido de una información errada e incompleta y, por tanto, nunca conoció las consecuencias de dicha decisión, por lo que solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

PARTE DEMANDADA:

OLD MUTUAL: Sostuvo que no hay lugar a devolver las sumas de gastos de administración por cuanto ya fueron causadas y están originadas en una disposición legal que así lo permite, además, son producto de la buena gestión de la administración que realizó el fondo privado en vigencia de la afiliación de la demandante, razón por la que solicitó la revocatoria de la decisión.

PROTECCIÓN: Guardó silencio.

COLPENSIONES: Aseguró que el caso es una afiliación inicial de la actora al RAIS y no un traslado de régimen, situación afirmada en el interrogatorio de parte absuelto, en el que indicó que cotizó en el ISS hasta 1992 y en 1995 se afilió a PROTECCIÓN, por lo que solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa.

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta de Colpensiones del 17 de octubre de 2018 (fl. 41), en la que se negó el traslado de régimen a la demandante, 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 actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 09 de noviembre de 1995, cuando solicitó su vinculación a PROTECCIÓN, según formulario que reposa a folio 36 y su traslado a SKANDIA el 24 de noviembre de 2008, conforme al formato de afiliación que obra en la contestación de la demanda por esa AFP y quien es su actual administradora.

En cuanto a la nulidad de traslado de régimen declarado por el A quo, advierte La Sala del acervo probatorio, que la vinculación de ZAMBRANO BARRAGÁN al RAIS **no obedece a un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad**, como se afirma en los hechos de la demanda, ya que la promotora del proceso no estuvo vinculada con el ISS desde 1991 como la narra en su demanda, tal como se observa del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones el que reposa en el expediente administrativo, pues por el contrario, allí se lee que la única cotización efectuaba al RPM fue el 11 de diciembre de 1995, no obstante, en las observaciones se indicó *"No Vinculado por Afiliación y "Aporte devuelto"*, aunado a que conforme a los certificados de información laboral "Formato 1 y 3B" aportados por la misma actora, ella inició sus aportes a la Caja de Previsión Distrital "FONCEP" desde el 18 de septiembre de 1991 y no al Instituto de Seguros Sociales. Esta precisión se hace necesaria, como quiera que, para que haya **traslado de régimen**, obligatoriamente la afiliada ya tenía que estar vinculada con el sistema integral de seguridad social creado con la Ley 100/93, pues es aquí cuando nacen los dos regímenes pensionales y con ellos su selección (Art. 13 de la Ley 100/93).

Ahora, la actora estaba inactiva en el sistema, de modo que cuando expuso su voluntad de inscribirse en uno u otro régimen (en este caso Protección) ella optó por el RAIS, y así se desprende del folio 36, donde se registra la vinculación inicial al sistema de seguridad social, y al ser ésta su primera y única vinculación no resulta dable hablar de traslado, ni mucho menos de un cambio de régimen, pues hasta ese momento (año 1995) expreso su voluntad de selección. Por esta razón en este caso, no hay lugar a analizar las implicaciones de traslado alguno, y si bien las AFP están obligadas a informar las implicaciones de la selección, lo que en estos procesos se juzga y reprocha es el engaño a las personas en el **cambio** de régimen, cambio que no se probó ya que lo que aquí hubo fue una selección inicial de conformidad con los artículos 13 de la Ley 100/93 y art. 3 del Dto. 692/94, pero no un traslado, pues este opera después de efectuada la selección inicial (Art. 15 Dto. 692/94), por eso

no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional aquí demandado.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **REVOCAR** la sentencia apelada y relevarse La Sala de los demás ítems objeto de apelación.

COSTAS: Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de la parte demandante. Sin lugar a ellas esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

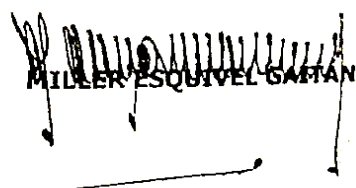
PRIMERO. - REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de la parte demandante. Sin lugar a ellas esta instancia.

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 GABRIEL HERNÁN VILLAMIL
BAQUERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 2020 00099 01. Juz 28.**

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

GABRIEL HERNÁN VILLAMIL BAQUERO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 a 7.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 8. Presta servicios para la empresa TRANSPORTES SAFERBO S.A, inició sus aportes al ISS hasta el 16 de agosto de 1994, data en la que se trasladó a la AFP PORVENIR, momento en el que no se le brindó información consistente, veraz y objetiva de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, ni sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional. El 08 de marzo de 2019, solicitó a las demandadas la desvinculación al RAIS y el retorno al RPM, Porvenir no accedió a lo peticionado y Colpensiones guardó silencio.

Actuación Procesal

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

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito que reposa en el CD visible a folio 55.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito que reposa en el CD visible a folio 57.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó la solicitud de afiliación a Colpensiones y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad 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 régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS de fecha 16 de agosto de 1994 por intermedio de PORVENIR S.A., en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPM administrado por COLPENSIONES. Condenó a Porvenir a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor y a Colpensiones le ordenó reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral. Llegó a esa determinación al constatar que en el asunto no se probó que el demandante haya recibido información objetiva, comparada y suficiente por parte de Colpatria hoy Porvenir sobre las ventajas y desventajas que acarrearía la decisión de traslado. Señaló que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, como quiera que la administradora debe garantizar el cumplimiento al deber de información desde el momento del traslado según lo ha expresado la SL CSJ y es por ello que la omisión

en tal deber da lugar a la ineficacia del traslado de régimen pensional. Indicó que el formulario de afiliación, no es un medio de información idóneo, pues no acredita que se le haya suministrado toda la información del traslado para que la decisión de cambio hubiese sido realmente informada, sin que nada tenga que ver que al actor sea o no beneficiario del régimen de transición, dado que lo que se protege es la libre elección de régimen del afiliado, quien pretende estructurar su derecho pensional. Respecto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, la declaró no probada por cuanto la declaratoria e ineficacia del traslado de régimen al estar estrechamente ligada con un derecho pensional, es imprescriptible.

Recurso de Apelación

La **AFP PORVENIR**, pide se revoque la decisión, al considerar que para el momento del traslado del demandante no existía la obligación de documentar la asesoría que se entregaba a potencial afiliado ya que esta era verbal, tampoco se debía elaborar proyecciones pensionales pues este deber solo se estableció por parte de la jurisprudencia recientemente, indicó que no se le dijo sobre la oportunidad de retornar al RPM ya que no era responsabilidad de la AFP para esa data y con los comunicados de prensa se le informó al actor sobre la posibilidad de trasladar al régimen de prima media antes de la prohibición legal de traslado. Recalcó que el formulario se suscribió de forma libre y voluntaria, documento que acredita de manera suficiente el deber de información, ya que fue VILLAMIL BAQUERO quien faltó a sus obligaciones como consumidor financiero previstas en el Decreto 2555/10, aunado a que su permanencia en el RAIS ratificó su decisión de traslado a Porvenir. Manifestó que no es procedente la devolución de los gastos de administración ya que como lo ha señalado la Superintendencia Financiera, al momento del traslado de régimen solo se debe devolver las cotizaciones y rendimientos, y al entregar a Colpensiones la comisión por administración se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de dicha entidad, solicita no ser condenada en costas, por cuanto cumplió con todas las obligaciones que le asistía desde el momento del cambio de régimen.

COLPENSIONES, considera que el actor ratificó su decisión de pertenecer al RAIS al continuar afiliado a Porvenir a lo largo del tiempo y sin ninguna inconformidad, máxime cuando existió un traslado horizontal. Señaló que el hecho de solicitar información, pedir extractos de la cuenta de ahorro individual y gestionar cambios de clave, son actos de relacionamiento que convalidan el acto inicial de traslado, conforme las sentencias SL 413/2018, SL 3752/2020 SL 1061/2021 y peticona se aplique dicho precedente y se tenga como vinculante conforme lo previsto en la Ley 169/1896.

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

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Parte demandada:

COLPENSIONES: Requiere se revoque el fallo proferido porque no probó el demandante ningún vicio en el consentimiento según su carga probatoria, en la actualidad se encuentra inmerso en la prohibición legal para cambiarse de régimen pensional y ordenar su traslado generaría una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, y el traslado que realizó a la AFP tiene plena validez por haber esta suministrado la información exigida para la época.

PORVENIR: Solicita se revoque la decisión de primera instancia ya que no se probaron causales de vicio en el consentimiento, nulidad o ineficacia en el traslado de régimen pensional realizado por parte del demandante, la AFP cumplió con su carga probatoria, demostrando que brindó la información suficiente y pese a que se garantizó el derecho al retracto el actor verificó su voluntad de permanecer en el RAIS. Indica que en el caso de confirmarse la sentencia se debe trasladar únicamente el saldo y rendimientos de la cuenta de la cotizante, ordenar entregar valores distintos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la 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 la reclamación de fecha 08 de marzo de 2019 (fl. 25 a 26), en el que solicitó el retorno 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 demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra adscrito al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 16 de agosto de 1994 cuando solicitó su vinculación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, según formulario que reposa a folio 78 del CD contentivo de la contestación de la demanda y los traslados automáticos desde el 12 de agosto de 1998 a PORVENIR S.A (fl. 76), el 30 de septiembre de 1999 a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS (fl. 79), el 10 de octubre de 2005 a HORIZONTE hoy PORVENIR (80) y finalmente el 14 de febrero de 2012 a PORVENIR S.A. (fl. 81). 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 RAIS, ya que cuando tomo tal decisión no se le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 16 de agosto de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 78), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el promotor del proceso, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario **no es suficiente** para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones (en este caso PORVENIR) demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable y efectivamente se traduce en un aspecto meramente económico que claramente puede ocasionarle un perjuicio irremediable al actor en su futuro pensional, pues dependiendo de este tipo de circunstancias es que se va a estribar la correspondiente mesada; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL4811-2020³, SL4373-2020, SL1688-2019⁴), 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

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

³ 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.

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

de lo anterior demostró la AFP PORVENIR S.A. entidad que asumió la afiliación del demandante, ya que se limitó a alegar que el traslado de régimen pensional estuvo conforme a la legislación vigente de la época, que la suscripción del formulario acreditaba la voluntad libre del afiliado; sin embargo estas circunstancias valoradas con el formulario de solicitud de vinculación no demuestran la debida asesoría y el hecho de alegar la existencia de una manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional cuando la persona desconoce la incidencia que tiene en sus derechos prestacionales, ni es aceptable, ni muchos menos se satisface con la expresión genérica del formulario (SL1688-2019). La AFP PORVENIR S.A. tampoco aclaró en que consistió esa información **verbal** 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 **si es posible** efectuar actuariando el mismo IBC o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban 20 años para alcanzar la edad de pensión, para que de esa manera pudiera escoger el régimen pensional más conveniente.

PORVENIR, se limitó a manifestar que para el momento del traslado no le era exigible documentar la información o la asesoría verbal brindada al afiliado, pues era suficiente con la suscripción del formato de afiliación, no obstante, este argumento lo que demuestra es su falta de interés al momento de cumplir con el compromiso de orientar a sus afiliados en la información **comprensible, transparente, clara,**

⁵ "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"

veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos, y en ese orden se advierte que el actuar de PORVENIR constituye una falta a su obligación de adoptar un sistema de información frente al demandante quien estaba en la obligación no solo de velar por recibir un nuevo afiliado, sino que también debía prestar cuidado en no afectar los derechos de este (SL1688-2019), ya que no es suficiente la manifestación de haber cumplido con el deber de información si no existe una prueba que lo respalde, 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.

Insuficiencias que no se subsanan por el tiempo de permanencia en el RAIS sin presentar ninguna inconformidad como erradamente lo afirman las recurrentes, ni mucho se ratifican con “actos de relacionamiento” como solicitar copia de los extractos de la cuenta de ahorro individual o gestionar el cambio, pues por el contrario lo que demuestra es que a VILLAMIL BAQUERO no se le informó realmente de las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen, ya que no se le brindó información real y acorde a su situación al momento de la vinculación con la AFP, entonces lo cierto, es que tales circunstancias no lo hacen conocedor de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional, toda vez que es deber de la administradora probar el cumplimiento al deber de información el cual **siempre** ha existido, ya que es la administradora quien está en la obligación de ilustrar a sus afiliados, asesorías que no nacieron con el precedente jurisprudencial de la SL CSJ como lo señala el apoderado de Porvenir, ya que el entregar toda la información necesaria al potencial afiliado desde el momento en que el mismo se interesa por la entidad, es indispensable para que el consumidor entienda cuales son las implicaciones del cambio de régimen y así su decisión de traslado sea realmente libre, voluntaria e informada.

Para La Sala tampoco es de recibo el argumento de PORVENIR consistente en que el demandante incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero conforme el Decreto 2555/2010, porque tal y como lo ha expresado nuestro máximo órgano de cierre, es precisamente la AFP quien debe suministrar información **suficiente, clara y veraz** al momento del traslado y durante **toda** la vinculación, y no solo sobre las características del régimen que administra sino también de las consecuencias que le acarrearía tal decisión al trabajador, ya que es PORVENIR 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.

Adujó el apoderado de Colpensiones que el traslado horizontal entre administradoras efectuado por el actor, ratificó su decisión de permanecer en el RAIS, no obstante, se advierte que en el plenario si bien obran varios traslados a COLPATRIA y HORIZONTE, lo cierto es que los mismos corresponden a traslados de AFP automáticos de COLPATRIA, HORIZONTE a PORVENIR, quien es hoy precisamente la entidad que pide la revisión de este ítem, sin tener en cuenta que ese cambio no fue una elección voluntaria del afiliado, pues como ya se indicó fue "automático" y obedeció al proceso de fusión entre la demandada y las AFP COLPATRIA y HORIZONTE.

Por otro lado en lo que respecta a los comunicados de prensa, especialmente el publicado en el Tiempo, en el que se le informó a los afiliados del RAIS sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de encontrarse inmersos en la prohibición legal de traslado, ha de advertirse que esta publicación se realizó a nivel nacional y no obra prueba en el plenario de que la información allí contenida haya sido puesta en conocimiento del demandante pues **su contenido es genérico** y no representa la situación pensional de la accionante.

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 pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones por concepto de seguros previsionales, 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 y todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del afiliado, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como ésta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual del 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, 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, sin que esta circunstancia le genere un enriquecimiento injustificado a Colpensiones, pues como ya se indicó fue la administradora quien faltó a sus obligaciones especiales.

En lo que respecta, a la aplicación de la Ley 169/1986 que invoca Colpensiones, para que se acoja el precedente judicial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo referente a los actos de relacionamiento, es de recordar que la resolución de estos casos se hace en observancia de la jurisprudencia proferida por nuestro máximo órgano de cierre que no afecta ni atenta contra ninguna garantía procesal como desacertadamente lo considera el apelante, para lo que se hace necesario rememorar la sentencia C-836 de 2001 del órgano Constitucional, que expuso:

"La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular. Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte

Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute probable”

En ese orden, y precisamente en atención a la pacífica y reiterada jurisprudencia que regula el asunto, se tiene que la decisión del A quo obedece a la aplicación del precedente judicial que trata la materia, toda vez que el precedente doctrinal es de obligatoria observancia tanto horizontal como verticalmente y debe ser tenido en cuenta en la resolución de casos semejantes, dado que garantiza la consonancia de las decisiones judiciales, la seguridad y coherencia del sistema jurídico, la efectividad del principio de igualdad y control de la actividad judicial.

Finalmente, frente a la condena en costas impuesta y reprochada por PORVENIR, 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 Porvenir, por lo que, ante la improsperidad del recurso, resulta procedente confirmar las de primera instancia y la imposición de costas en la alzada.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS:

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una 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:

RESUELVE

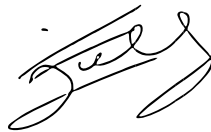
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una 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.

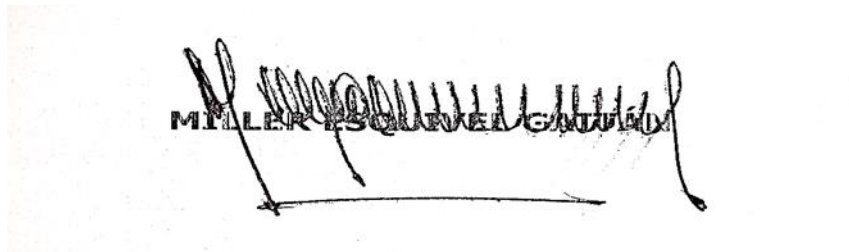
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 EDILMA APONTE BOTIA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2020 – 00109 01. Juz. 31.

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días de diciembre 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

EDILMA APONTE BOTIA demandó a la AFP PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

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

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Efectuó aportes al ISS desde el 16 de enero de 1981. Se afilio al RAIS mediante Colfondos S.A. el 24 de junio de 1996. Al momento del traslado no se le informó de las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se hizo la proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El 3 de julio de 2009 presento solicitud de retracto ante el ISS, hoy Colpensiones. La jefe del departamento Comercial del ISS, dio respuesta negativa informando que tendría que vincular a la nueva entidad Administradora de Pensiones que solicitaría Asofondos si cumplía con los requisitos para dicho traslado. El 29 de mayo de 2019 la actora solicito ante Colpensiones la nulidad de traslado, retracto y retorno, petición que fue negada por la Administradora. El 21 de octubre de la misma anualidad radico nuevamente la solicitud de traslado y proyección de la mesada pensional.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado se dispuso la vinculación de Protección S.A. en auto de fecha 11 de septiembre de 2020. A su vez se avocó el conocimiento del proceso al Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio mediante auto del 16 de junio de 2021. Las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la vinculación a Porvenir S.A., el derecho de petición de fecha 3 de julio de 2009, la solicitud presentada ante Colpensiones el

31 de mayo de 2019, la respuesta emitida, la solicitud radicada ante la AFP Porvenir y la afiliación al RAIS.

- Formulo como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 del orden público, buena fe y genérica.

PORVENIR S.A., contestó como consta en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Formulo 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.

La AFP PROTECCIÓN, dio respuesta visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones en su contra.
- No aceptó ninguno de los hechos.
- Formulo como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS de fecha 23 de julio de 1996. Ordenó a Porvenir S.A., administradora de pensiones en la que efectuó traslado horizontal el 20 de enero de 2000, devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al momento del traslado de régimen pensional.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: Considera que la declaratoria de nulidad de traslado es improcedente toda vez que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal contemplada en la Ley 797/2003. Así mismo, afirma que el formulario de afiliación es válido y no existió ningún vicio del consentimiento en el acto jurídico celebrado.

PORVENIR SA: señala que se debe hacer una valoración de la afiliación acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, máxime cuando quedo plenamente demostrado que la AFP cumplió con el deber de información. Además, no se valoró la posición de buena fe de Porvenir quien no tuvo injerencia en el acto inicial de la afiliación, por lo tanto, no tiene el deber de asumir las omisiones de terceros. No existe coherencia al ordenar la devolución de los gastos de administración y rendimientos del acto jurídico que se declaró nulo.

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

Parte demandante: solicita se confirme la declaratoria de la ineficacia y/o nulidad del traslado, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante.

Parte demandada:

- **PORVENIR S.A.:** Considera que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Ahora bien, cabe señalar que la relación entre la demandante y las administradoras del RAIS en virtud de su condición de afiliada fue de carácter administrativo, que se manifiesta en varias relaciones jurídicas derivadas, siendo la más importante de ellas la que une al usuario con la administradora de pensiones y con las prestaciones, sin que de ninguna manera pueda considerarse que frente a la afiliada existe una posición dominante que inexorablemente coloque en una mejor situación a la AFP al momento de la vinculación.
- **COLPENSIONES:** No es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP PORVENIR S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales

suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado. Además, en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento en el acto jurídico celebrado.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 29 de mayo de 2019 (expediente digital), 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 del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 20 de enero del 2000, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir (expediente digital) luego de haber estado afiliada a Protección S.A. desde el 23 de julio de 1996.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Protección S.A., el 23 de julio de 1996 (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

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

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

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

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

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)

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

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

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

entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-

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

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

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

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

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

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

2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria”

Nada de lo anterior demostraron las Administradoras de Fondos de Pensiones que asumieron la afiliación efectuada por la demandante en el RAIS, y que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. Las AFP 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 actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la 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).

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

Devolución de los gastos 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 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 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 de la juez de ordenar a la AFP PORVENIR de devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como ésta 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 financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes

efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo.

Ahora, es de precisar que si bien PORVENIR S.A. no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen que efectuó la actora el 23 de julio de 1996, pues en esa época el traslado se efectuó con la AFP PROTECCIÓN (expediente digital) y era a esta entidad a la que le asistía la carga de probar que suministro información veraz y suficiente, como la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen afecta todas las posibles y sucesivas afiliaciones que la demandante hiciera con posterioridad dentro del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, PORVENIR debe asumir la responsabilidad de no haber verificado la legitimidad del traslado inicial, lo cual no obsta para que la AFP condenada pueda repetir contra PROTECCIÓN, pues como ya se indicó fue allí donde se materializó y generó la nulidad del traslado de régimen.

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

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 23 de junio de 2021, 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. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

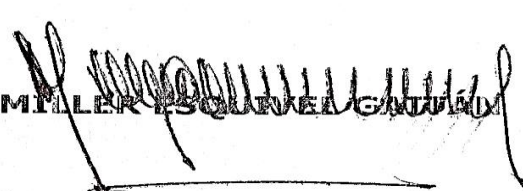
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ADOLFO NIETO DIAZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO Y AFP PORVENIR. RAD. 2020 00119 01 JUZ 23.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

JORGE ADOLFO NIETO DIAZ demando a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la AFP PORVENIR para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 5.

- Devolución de aportes.
- Reconocimiento y pago de bono pensional.
- Indexación.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 5. Cotizo al sistema pensional en el ISS desde el 1° de octubre de 1987 hasta el 30 de octubre de 1997. Posteriormente se afilio a la AFP Porvenir S.A. En forma alterna laboro y cotizó en el Magisterio. El Fomag le reconoció una pensión vitalicia de jubilación mediante resolución No. 1699 del 15 de marzo del 2013. Así mismo, CAJANAL le reconoció a NIETO DIAZ la pensión gracia a través de la resolución No. 47538 del 5 de octubre de 2007. Mediante solicitud de fecha 19 de septiembre del 2019, le solicito a Colpensiones el traslado de los aportes que realizo a pensión con entidades del sector privado a la AFP Porvenir. Colpensiones en oficio del 23 de septiembre de 2019, indico el trámite que se debe gestionar para la emisión del bono pensional. El 19 de septiembre de 2019, solicito la devolución de saldos ante la AFP Porvenir por

la imposibilidad de seguir cotizando, petición que fue resuelta negativamente mediante oficio de fecha 26 de septiembre de 2019. De otra parte, solicito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la aprobación del bono pensional a favor de la AFP Porvenir la cual negó la petición. Porvenir S.A. realizó la devolución de saldos por valor de \$26.871.699 que están en la cuenta de ahorro individual, pero sin tener en cuenta los tiempos cotizados a Colpensiones.

Actuación Procesal

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

LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO dio respuesta en los términos el escrito visible en CD fl. 65.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; las cotizaciones efectuadas al Magisterio, la pensión de jubilación reconocida por parte del Fomag, el reconocimiento de la pensión de gracia por parte de Cajanal, la solicitud de aprobación de bono pensional ante Porvenir S.A. y el rechazo de la solicitud.
- Formulo como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación. inaplicabilidad de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, aplicación del artículo 11 del decreto 3995 de 2008, imposibilidad de recibir dos prestaciones a cargo de recursos públicos, buena fe y genérica.

LA ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visible en CD fl. 65.

- Se opuso a las pretensiones en su contra y al resto no se opuso ni se allanó.
- En cuanto a los hechos aceptó; los aportes realizados al ISS y la solicitud de traslado de aportes ante Colpensiones.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia de causa para demandar, imposibilidad para emitir el bono pensional, prescripción, buena fe, compensación y genérica.

A **PORVENIR S.A** se le tuvo por no contestada la demanda mediante auto de fecha 4 de febrero de 2021 (CD fl. 65).

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró que la pensión de jubilación que reconoció el Magisterio al actor es compatible con la devolución de saldos cancelada el 30 de octubre de 2019 por parte de la Administradora de Pensiones PORVENIR S.A., por lo que ordenó el reconocimiento y pago del bono pensional que se generó con ocasión a las cotizaciones realizadas a COLPENSIONES comprendidas entre el 1° de octubre de 1987 al 30 de septiembre de 1997, condenó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES a generar el bono pensional por las 160,57 semanas cotizadas al ISS y le ordenó a PORVENIR a que una vez cuente con el bono pensional pague al demandante la devolución de saldos. Llegó a esa determinación al advertir que las pensiones de gracia y jubilación reconocidas al demandante por parte del Magisterio, son compatibles con la devolución de saldos deprecada, como quiera que cada una de las prestaciones cuenta con una financiación diferente, el origen de los recursos no son los mismos, no es dable entender que los aportes realizados como particular al ISS son recursos públicos y mucho menos constituyen la prohibición prevista en el art. 128 de la Constitución Política, por ello, ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que emitiera el bono pensional por la totalidad de las semanas cotizadas al ISS.

Recurso de apelación

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES apeló la sentencia, toda vez que considera que el demandante al ser parte de un régimen exceptuado, las disposiciones del sistema general de seguridad social previsto en la Ley 100/1993 no le son aplicables. No encuentra asidero jurídico que permita determinar que los recursos discutidos sean públicos, por lo tanto, son incompatibles con el bono pensional deprecado y van en contravía del artículo 128 de la Constitución Política.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada:

MINISTERIO DE HACIENDA: Guardó silencio.

PORVENIR: Solicitó se confirme la sentencia en lo que a ella le corresponde cumplir.

COLPENSIONES: Solicitó confirmación de sentencia y condicionó el cumplimiento de emitir bono pensional a las actuaciones que debe desplegar el demandado PORVENIR.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES los puntos en los que fue condenada y no fueron apelados.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma mediante derecho de petición presentado ante Colpensiones el 19 de septiembre de 2019 (fls. 12 a 14), en el que solicitó la devolución de saldos correspondiente a la densidad de semanas cotizadas en el ISS en su momento, con lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionado de NIETO DÍAZ, como quiera que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció en Resolución No. 1699 del 15 de marzo de 2013, una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 8 de julio de 2012, en cuantía de \$ 2.100.560 (fl. 31) y para ello, tuvo en cuenta los tiempos de servicio como docente en el Distrito. Así mismo, le fue reconocida pensión gracia mediante resolución No. 47538 del 5 de octubre de 2007 en una cuantía de \$1.674.862.01 a partir del 7 de julio de 2007 (fls. 32 a 33).

Compatibilidad entre la pensión otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la devolución de saldos a cargo de PORVENIR.

Se encuentra que PORVENIR S.A., el 30 de octubre de 2019, efectuó el reconocimiento y pago de la devolución de saldos a favor del actor en una suma de \$26.871.699.00 (expediente digital CD fl. 65). A su turno, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público considera que el demandante al ser parte de un régimen

exceptuado, las disposiciones del sistema general de seguridad social no le son aplicables, aunado al hecho de que el bono pensional se financia con recursos de naturaleza pública. En lo que respecta a la exclusión del sistema general de pensiones, se advierte que el actor efectuó aportes al sistema en el ISS entre el 1º de octubre de 1987 y el 30 de septiembre de 1997, para un total de 160,57 semanas (fl. 30), con el empleador Universidad de la Salle, las cuales se ajustan a derecho, como quiera que el origen de estos aportes se efectuó en su condición de trabajador particular. Posteriormente, en vigencia de la Ley 100/93, el demandante se trasladó (30 de julio de 1997), al RAIS administrado por PORVENIR, afiliación que se hizo efectiva a partir de octubre de 1997 (expediente digital Cd. fl 65), donde continuó realizando los aportes pensionales en virtud de su vinculación con las instituciones de educación superior Universidad de la Salle, Universidad El Bosque y en calidad de trabajador independiente, durante los periodos enero de 1998 - julio de 2018 (expediente digital CD fl. 65), traslado que conforme el art. 61¹ de la Ley 100/93 también resulta válido, ya que el actor en su condición de trabajador particular, no estaba inmerso en ninguna de las causales de exclusión previstas en la norma citada. Aunado a esto, el artículo 279² de la Ley 100/93, señala que los educadores tienen un régimen de compatibilidad entre las pensiones percibidas a través de ese régimen exceptuado (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) con las otorgadas en el RPM y el RAIS, sin que se pueda entender que esta norma lo que predica, es su exclusión del sistema general de pensiones, tan es así que el artículo 31 del Decreto 692 del 29 de marzo de 1994 (Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993) estableció:

Artículo 31. Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores. *Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.*

¹ **ARTÍCULO 61. PERSONAS EXCLUIDAS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.** Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

a. Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público.

b. Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

² Así mismo, se exceptúa a los **afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, creado por la Ley 91 de 1989, **cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.** Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

En este orden de ideas, es claro que los docentes cuentan con la posibilidad de acumular cotizaciones en cualquiera de los regímenes que previó la Ley 100/93, a efectos de incrementar la prestación económica por los riesgos de IVM o entrar a disfrutar de ambas prestaciones en virtud de la compatibilidad que contempla el art. 279 *ibidem*, y es por esta razón que la afiliación efectuada al ISS y el posterior traslado al RAIS resulta válido. En lo que respecta al bono pensional, es de acudir a lo previsto en el art. 115 de la Ley 100/93, el cual prevé:

ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES. *Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.*

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.

El artículo 119 *ibidem* dispone que los bonos pensionales serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de entrar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco (5) años, y el canon 121 de la misma ley, señala que la Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional. En ese orden, al haberse traslado el actor del RPM al RAIS, a este le asiste el derecho a que se reintegre la suma total correspondiente a los aportes sufragados al ISS con la consecuente expedición del bono pensional, a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual reúne la totalidad de los aportes que realizó al sistema y que tiene como objetivo financiar en conjunto la prestación anteriormente reconocida y cancelada por la Administradora de Pensiones Porvenir S.A., el 30 de octubre de 2019 en la suma de \$26.871.699, a título de

devolución de saldos, los cuales están previstos en el artículo 66³ de la Ley 100/93, y proceden cuando el afiliado que al cumplir la edad de 62 años (hombre – art 65⁴ ley 100/93) no haya cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no haya acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, quien tendrá derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional si a éste hubiere lugar.

Así mismo, este capital está llamado a financiar la prestación demandada, en la medida en que representa los aportes que hizo el demandante para construir su prestación pensional y tiene derecho a que le sean devueltos, sin que sea dable interpretar que tales cotizaciones mutaron al erario público por el hecho de que sea el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien tiene a cargo la obligación de emitir el bono. De otra parte, tampoco es dable entender que los aportes efectuados al ISS son dineros de la referida naturaleza, en atención a la restricción prevista en el artículo 128 constitucional, pues el origen de los emolumentos que administra COLPENSIONES están integrados por aportes privados de trabajadores y empleadores y no son los mismos que tuvo en cuenta el Magisterio para reconocer la pensión de jubilación (tiempos de servicio), criterio que se acompasa con lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 451 de 2013⁵ citada en la sentencia SL 5092 de 2019 y SL 2649-2020, donde se reiteró la compatibilidad que existe entre la pensión de jubilación oficial como docente y la

³ ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS. *Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.*

⁴ ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. *Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.*

⁵ *En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.*

En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. Ha dicho la Sala:

"A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, "(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes"; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo. (negrita fuera de texto).

pensión de vejez a cargo del ISS, ya que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pueden simultáneamente prestar servicios a instituciones privadas y esto les permite financiar la prestación a cargo de la demandada.

COSTAS

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

DECISIÓN

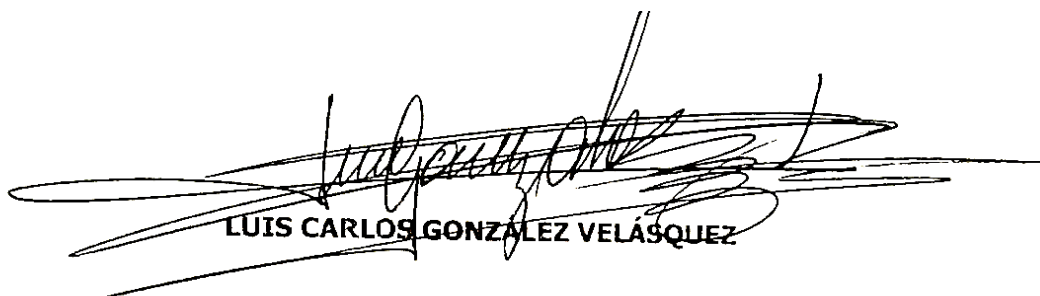
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de febrero de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

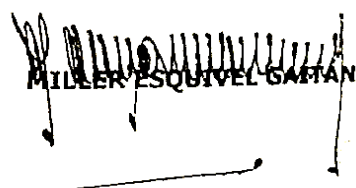
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN