

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 JOSÉ SALIM NOFAL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Rad 2019 00709 01 Juz 4º.

En Bogotá D.C., a los dos (02) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

JOSÉ SALIM NOFAL demandó a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 2 y la reforma fl. 199 y 200.

- Declarar la ineficacia del traslado de régimen y que el actor tiene derecho a recuperar el régimen de prima media con prestación definida.
- Que la AFP PORVENIR S.A. devuelva a COLPENSIONES debidamente indexado el bono pensional, los intereses y demás que hubiera recibido.

En subsidio solicita:

- Se declare la nulidad del traslado de régimen del demandante y en consecuencia se declare que tiene derecho a recuperar el régimen de prima media con prestación definida
- Que la AFP PORVENIR S.A. devuelva a COLPENSIONES por concepto de bono pensional la suma que resulte del respectivo cálculo actuarial desde la fecha en que el bono fue recibido hasta su entrega, la indexación y los intereses moratorios.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 y 3 y 200 a 203. Indica que nació el 20 de enero de 1961 y estuvo afiliado a COLPENSIONES desde abril de 1980 hasta enero de 1996 cuando se afilió a PORVENIR S.A. quienes se limitaron a llenar un formato preestablecido sin suministrar información veraz y suficiente respecto a las implicaciones ni hacer una comparación de las consecuencias negativas o positivas del abandono del régimen al que se encontraba afiliado. No le informaron que el tener cónyuge, compañera permanente o hijo menor de edad resultaba en un menor monto de su pensión o que como consecuencia de la negociación del bono pensional el valor de la pensión en el fondo privado sería muy inferior. Resalta que el valor de la pensión si no se hubiera traslado a RAIS sería de \$6.137.940 mientras que en el Fondo PROVENIR S.A. el valor de la pensión sería de \$2.983.591.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad el 5 de febrero de 2020, se presentó reforma de la demanda la cual fue admitida mediante auto del 7 de julio de 2021 y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda y su reforma en los términos de los escritos visibles a folios 66 a 89 y 486 a 500.

- Se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias.
- En cuanto a los hechos aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al ISS y el traslado y la reclamación administrativa, en cuanto a los demás hechos manifestó que no le constan.
- Formuló como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de las AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principios constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda y su reforma los términos de los escritos visibles a folios 117 a 145 y 395 a 431.

- Se opuso a las pretensiones.
- Manifestó que no le constan los hechos, que no son ciertos, o no son ciertos como están redactados.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia.

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el 30 de agosto de 2021 en la cual dispuso DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional José Salim Nofal Castellanos a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. realizada el 1º de enero de 1996; declarara para todos los efectos legales que el afiliado siempre estuvo afiliado al régimen de Ahorro Individual con solidaridad en el régimen de prima media con prestación definida. Condenó a la AFP PORVENIR S.A.S a devolver a COLPENSIONES las sumas recibidas por concepto de aportes, rendimientos, incluidos gastos de administración y comisiones debidamente indexados, por el periodo de tiempo que el demandante permaneció en la esa administradora. Ordenó a COLPENSIONES que una vez efectuado el trámite anterior acepte sin dilación el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenó en costas a PORVENIR S.A.S fijó las agencias en derecho en un salario mínimo.

Llegó a esa determinación luego de establecer que la expresión libre y voluntaria requiere conocimiento y conforme a la jurisprudencia no existe cuando la persona desconoce los consecuencias del cambio de régimen, información que debía darse al momento del traslado y no con posterioridad, por lo que al no encontrarse demostrada la información debida al momento del traslado que le permitiera al actor, tener conocimientos previos a la decisión por lo que esta no era libre y voluntaria y en consecuencia procedió a declarar la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de las sumas recibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas y a COLPENSIONES aceptar el traslado del actor al régimen de prima media con prestación definida.

Recurso de Apelación.

COLPENSIONES.- Manifestó que el demandante permaneció por más de 24 en el régimen de ahorro individual sin hacer manifestación respecto a la información suministrada en 1995 por la AFP. Que en el interrogatorio de parte aceptó que efectuó el traslado de manera libre y voluntaria. Resalta que se afecta la sostenibilidad financiera y la garantía de los afiliados que si cotizaron a Colpensiones durante su vida laboral. Considera que se hacía necesario analizar la calidad del demandante, quien no era un afiliado lego sino que era profesional "ingeniero mecánico" y era gerente del departamento de posventa por lo que podía asesorarse de mejor maneja y además no perdió beneficio alguno con el traslado pues para el momento del traslado contaba con 31 años, es decir, no contaba con requisitos para el régimen de transición.

PORVENIR S.A.- Argumentó que se declaró la ineficacia cuando no fue probado en el proceso la existencia de dolo por parte del Fondo y que la asesora lo que hizo fue brindarle una alternativa a la crisis que presentaba el ISS, lo que generó la escogencia del Fondo. Señala que no existía el deber de documentar la información suministrada más allá del deber de suscribir el formulario de afiliación el que no fue tachado de falso. Considera que en la sentencia no se indicó cual es la prueba en que se funda y en que norma se encuentra establecida la prueba de documentar la información suministrada. Resalta que el demandante está inmerso en la prohibición de traslado de régimen por la edad y que no se integró el litis consorcio necesario con el argumento de que no era la etapa procesal oportuna. En cuanto a la condena a devolver los gastos de administración señala que esos gastos no forman parte de la pensión y que por lo tanto les aplica la prescripción, además de ser descuentos permitidos por la Ley, lo que generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Que la indexación no se solicitó en la demanda y no se puede imponer la indexación de los gastos de administración.

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

Parte demandante: Sostuvo que el traslado de régimen estuvo precedido de una información incompleta y sesgada, que no permitió tomar una decisión consciente y totalmente voluntaria y acorde al criterio jurisprudencial de la SL CSJ debe confirmarse la decisión de primera instancia.

Parte demandada

COLPENSIONES.- Indica que dentro del proceso no se demostró ningún vicio del consentimiento que determinara la declaratoria de nulidad de traslado, en el entendido que el Sr. JOSE SALIM NOFAL CASTELLANOS, manifestó que por voluntad propia suscribió y firmó el formulario de afiliación de su traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que ratifica al haber permanecido dentro del régimen de ahorro individual por más de 15 años, subsanando cualquier error dentro de la afiliación, solicita aplicar el Principio de la Sostenibilidad Financiera ya que esta da soporte a la validez de las prohibiciones legales de traslado establecidas en la Ley 100 de 1993 al igual que lo contenido en el Acto Legislativo 01 de 2005 y al artículo 48 de la Constitución Política, además de reiterar lo manifestado en la primera instancia.

PORVENIR, Manifiesta que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. Que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo. Recaba, que el afiliado recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para él relevantes que ahora echa de menos, pese a los diferentes canales de atención con que contaba PORVENIR S.A., lo que denota negligencia de su parte que ahora pretende sanear con el argumento de que no se le dio la información necesaria. Señala que el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es "el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)", lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma; además de reiterar lo manifestado en la 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 y la devolución de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa.

Fue agotada en legal forma como se desprende del escrito que milita a folios 15 a 19, de fecha 2 de septiembre de 2019, en la que se 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 afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 1º de enero de 1996 cuando suscribió el formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A., tal como se advierte del formulario visible a folio 26. Respecto a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega la nulidad del acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la administradora del fondo pensional no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, circunstancias que se ven reflejada en la posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el demandante diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. (fl. 26) con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

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

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

administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la trabajadora. 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 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 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

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"*

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 accionante, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora a la entidad demandada (SL 2611 – 2020³) a la cual le corresponde demostrar que le 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, lo que gana y lo 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, como lo argumentan las recurrentes en este caso.

Nada de lo anterior demostró PORVENIR S.A. pues solo se preocupó por afirmar que el traslado de la demandante fue informado y que el afiliado lo ratificó en lo manifestado por el interrogatorio de parte, no obstante, lo que se advierte es que la entidad no suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, la cual **si**

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

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"

era posible efectuar actuando el mismo IBC para establecer cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, más aún cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión. Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de que el demandante haya indicado en el interrogatorio de parte que si recibió una asesoría o con el hecho de haber permanecido en el régimen durante todo este tiempo, pues los formularios aportados son formatos preimpresos y preestablecidos, por lo que después de efectuados los cálculos y proyecciones pensionales era evidente que NO le era conveniente permanecer en el fondo demandado, y que el afiliado no conocía de las características del régimen en el que se encontraba, pues no se le brindó información real y acorde a su situación al momento de la vinculación con la AFP, ya que en esa oportunidad no se hicieron las proyecciones en los términos descritos anteriormente (esto es actuando el IBC), entonces lo cierto, es que tales circunstancias no lo hacen conocedora de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional, como tampoco el hecho de la preparación académica de la demandante (ingeniero mecánico) o del cargo desempeñado (Gerente de posventas), como quiera que es deber de la administradora probar el cumplimiento al deber de información, que **siempre** ha existido y sobre ella es quien recae la carga de la prueba, tal como lo ha expresado en su reiterada y pacífica jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias indicadas. A su vez es importante recordar que no es suficiente, el hecho de brindar información sobre las características generales de dicho régimen, pues esta información sin la **proyección real** del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se hubiera puesto de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS, posiblemente la decisión del trabajador quizás hubiese sido distinta.

En lo que respecta al actuar desinteresado del actor en cuanto a informarse por su cuenta y alegado por las recurrentes, 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. En cuanto a que nada perdió el demandante con el traslado de régimen es de señalar que si bien no contaba con la edad para ser beneficiario del régimen de transición, lo cierto es que, conforme a lo expuesto, cuenta con el derecho a trasladarse al régimen de prima media con prestación definida.

Devolución por concepto de gastos de administración.

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

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

[...]

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

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a PORVENIR S.A. devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como esta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual del promotor del proceso, es la

llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguros previsionales, 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 tal decisión le genere un enriquecimiento injustificado a Colpensiones, pues como ya se dijo es dicha entidad quien debe asumir la administración de los aportes y estudiar el eventual reconocimiento pensional del demandante. En lo referente a la prescripción de los gastos de administración que alega Protección, se precisa que tales sumas no están afectadas por el fenómeno prescriptivo, como quiera que estas deducciones se efectúan con cargo a los aportes realizados por el afiliado quien pretende a futuro el reconocimiento pensional, derecho que es imprescriptible tal como lo ha expresado la SL CSJ. Finalmente, para la Sala es preciso recordar que como ya se indicó la omisión a la falta al deber de información y asesoría en cabeza de la AFP trae como consecuencia dejar sin valor y efecto el traslado, por lo que las deducciones efectuadas a los aportes de la afiliada, tales como la comisión de administración y seguros previsionales deben ser entregados a Colpensiones, como quiera que el acto de traslado nunca existió, tales sumas no se causaron y la demandante retornó al Régimen de Prima Media.

En relación con la sostenibilidad del sistema financiero alegado por COLPENSIONES mientras que contrariamente PROVENIR S.A. alega el enriquecimiento sin justa causa de COLPENSIONES con la decisión tomada en primera instancia, debe decirse que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con lo que se descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas, no solo porque se dispone la entrega de los aportes realizados por el actor, sino también los rendimientos, gastos de administración y comisiones, lo que permite la sostenibilidad del sistema pensional en el caso de los traslados de régimen.

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

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PROVENIR S.A. Y COLPENSIONES. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$1.000.000) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

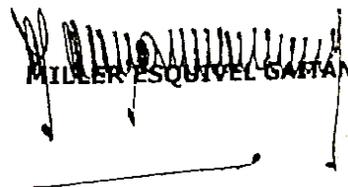
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PROVENIR S.A.S Y COLPENSIONES. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$1.000.000) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MELANY PÉREZ LINARES CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad. 2018 00045 01. Juz 15.

En Bogotá D.C., a los dos (2) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MELANNY PÉREZ LINARES demandó a las **AFP PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios 21 y 22

- Se declare que demandante es beneficiaria del régimen de transición y estuvo afilia a CAJANAL, al ISS y a PORVENIR S.A. entre el 18 de enero de 1996 y el 31 de mayo de 2016.
- Que se declare probado que la AFP PORVENIR S.A. no le informó que por ser beneficiaria del régimen de transición tenía unas condiciones más favorables en el régimen de prima media y no le suministró una información clara y completa sobre las ventajas y desventajas del traslado.
- Se declare le ineficacia de la afiliación a la AFP demandada.
- Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. efectuar la devolución de los aportes con los rendimientos y a COLPENSIONES a recibir los dineros mencionados.
- Se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante.

- Se ordene el pago de la indexación del salario base de cotización.
- El pago de los intereses de mora
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 6 a 8. Indica que nació el 2 de abril de 1954 y se afilió al ISS el 30 de noviembre de 1978; que es beneficiaria del régimen de transición por cuanto al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años. Informa que la afiliación al RAIS fue a partir del mes de noviembre de 1999 sin que el fondo privado le suministrara la información sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, lo que afectó su futuro pensional. Indica que presentó reclamación ante las demandadas las que le dieron respuesta negativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad el 9 de abril de 2018 (folio 103) y corrido el traslado respectivo, las accionadas Colpensiones y AFP Porvenir, contestaron de la siguiente manera:

COLPENSIONES.- Contestó la demanda en los términos del escrito obrante a folios 111 a 118.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS y la reclamación presentada por la actora, así como la respuesta dada, manifestó que no lo constan los demás hechos.
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, las excepciones declarables de oficio, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 137 a 157.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación al RAIS y manifestó que no le constan o no son ciertos los hechos de la demanda en la forma como están planteados.
- Formuló como excepción previa la de falta de integración del litis consorcio necesario y como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para

pedir, inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, compensación, buena fe y la innominada o genérica.

Mediante auto del 14 de enero de 2019 el juzgado de primera instancia dispuso la integración del litisconsorcio necesario con el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** quien una vez notificado de la demanda (fl. 183) contestó la demanda en los términos del escrito visto a folios 189 a 202, de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante y las reclamaciones presentadas y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda
- Propuso como excepción previa la falta de integración del litis consorcio necesario y como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa para ser demandada, cobro de lo no debido y las que resulten probadas en el proceso.

Aceptada la integración del litisconsorcio necesario con la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** mediante auto del 24 de julio de 2019 (fl. 231) y notificada la parte (fl. 232) contestó la demanda en los términos del escrito que obra a folios 233 a 238.

- No se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la prueba documental aportada con la demanda y manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepción previa la falta de integración del litisconsorcio necesario y como excepciones de fondo las de falta de integración del litis consorcio necesario con el Municipio de Armero-Guayabal y la UGPP, falta de presupuestos procesales y falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas y la genérica o innominada.

Mediante auto del 12 de marzo de 2020 (fl. 251 a 252) se aceptó la integración del litis consorcio necesario con el **MUNICIPIO DE ARMERO-GUAYABAL** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** quienes una vez notificadas como se observa a folios 253 a 257, contestaron la demanda de la siguiente manera:

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP como se observa a folios 258 a 266.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda
- Propuso como excepción previa la de falta de legitimación en la causa por pasiva y como excepciones de fondo las de ausencia de responsabilidad de la UGPP, falta de legitimación en la causa por pasiva, nadie puede ir en contra de sus propios actos, inexistencia de prueba de causal de nulidad, y que la parte actora debe asumir las diferencias que puedan resultar entre las cotizaciones a los diferentes regímenes, buena fe, prescripción y la innominada.

El municipio de **ARMERO-GUAYABAL** no contestó la demanda como se indicó en auto del 26 de junio de 2021 (fl. 283).

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en audiencia del 25 de agosto de 2021 en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Fondo de Pensiones y Cesantías PROVENIR S.A.S el 28 de octubre de 1999 y en consecuencia ordenar el traslado de los dineros que obran en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES. Condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante partir a del 1º de junio de 2016 en cuantía de \$1.986.137 por 14 mesadas anuales con los reajustes de ley y el pago del retroactivo generado previo descuento de los aportes a seguridad social. Absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda, así como a la UGPP y al Municipio de Armero-Guayabal. No condenó en costas.

Para llegar a esta determinación manifestó que se encuentra agotada la reclamación administrativa ante COLPENSIONES fl. 28, frente a la ineficacia del traslado y en cuanto al reconocimiento de la pensión manifestó que no fue propuesta la excepción previa por lo que la declaró saneada dado el silencio de COLPENSIONES. En cuanto a la ineficacia del traslado consideró que no se demostró en el proceso que la información suministrada a la actora respecto al traslado de régimen a la AFP PORVENIR S.A. conforme a la línea jurisprudencial existente sobre el deber de

información y la carga de la prueba que le corresponde a la AFP demandada, máxime cuando ella era beneficiaria del régimen de transición y en consecuencia declaró la ineficacia del traslado y la devolución de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES. Consideró que se acreditó un tiempo total de 1602 semanas cotizadas entre diferentes entidades a las que estuvo vinculada, afiliada a CAJANAL, al ISS y a la AFP demandada y por ser beneficiaria del régimen de transición aplicó el Acuerdo 049 de 1990 y por haber cumplido los requisitos del Acto Legislativo No. 1 de 2005 para prorrogar el régimen hasta el 31 de julio de 2014 reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2016, para lo que tuvo en cuenta la fecha en que se retiró del sistema pensional y teniendo en cuenta tiempos públicos y privados conforme a la sentencia SL-1981 de 2020 por 14 mesadas anuales y los reajustes anuales correspondientes, previo los descuentos a seguridad social y de las sumas que generen una diferencia en los aportes entre los dos regímenes sin ordenar el pago de los gastos de administración y comisiones y demás. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda a las demandadas. No condenó en costas.

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.- Pidió se revoque la decisión por cuanto no existieron vicios del consentimiento al momento de la afiliación de PÉREZ LINARES al RAIS, que la motivación de volver al RPM se da por intereses meramente económicos pero no porque haya existido realmente una falta al deber de información por parte del fondo privado y es absurdo que la entidad pública sea la perjudicada en un contrato suscrito por la actora y el fondo privado y sostuvo que con la decisión de declarar la ineficacia se genera una descapitalización del sistema pensional.

PORVENIR S.A.- Sostuvo que la afiliación al RAIS fue legal, no se comprobó ningún vicio del consentimiento y simplemente porque la actora se dio cuenta que el monto de su pensión no sería el esperado no significa que sea un argumento válido para anular el traslado.

UGPP.- Indicó que no es la entidad llamada a reconocer el derecho pensional de la actora, sin embargo, a su criterio la afiliación al RAIS de PÉREZ LINARES se encuentra ajustada a derecho y se ratifica con la permanencia en el tiempo, no obstante, pidió se confirme la decisión en cuanto fue absuelta de las pretensiones.

UNIDAD ADMINISTRATIVA DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA.- Sostuvo que no es la directamente involucrada en la discusión jurídica, pero que, sin embargo, su obligación de reconocer y pagar el bono pensional a favor de la actora ya fue cumplida, por lo que pidió se confirme la decisión.

DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.- Indicó que su competencia no es reconocer pensiones, que los bonos pensionales fueron expedidos por la Unidad Administrativa de pensiones del departamento y que, en caso de que la demandante tenga su derecho pensional es PORVENIR quien debe resolver el asunto o si se mantiene la decisión de primera instancia, lo deberá hacer COLPENSIONES.

MUNICIPIO DE ARMERO – GUAYABAL.- Guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del presente asunto en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, al no existir recursos de apelación contra la sentencia y por haberse emitido condena contra COLPENSIONES al ordenar el reconocimiento y pago de la pensión solicitada.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada a Colpensiones vista a folio 28 el 5 de mayo de 2017, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 28 de octubre de 1999 (fl.

161, cuando solicitó su vinculación a la AFP demandada a la que se encuentra actualmente afiliada.

Validez del traslado de régimen

Respecto a la validez del traslado de régimen La Sala encuentra 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. Con relación a esto, si bien la actora el 28 de octubre de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 161) con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la

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)

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. Ely del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

En vista que se trata de una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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

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

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP apelante, entidad esta que asumió la afiliación que hizo la demandante, ni las otras demandadas en el proceso, ya que allegaron el formulario de solicitud de afiliación diligenciado por la actora y la declaración rendida por esta, en la que dice haber hecho el traslado de forma voluntaria y no haber recibido una explicación si quiera general del régimen pensional; lo cual no acredita haber expuesto un panorama completo de los beneficios y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, que es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Se debe tener en cuenta que la nulidad se constituye no por la existencia de dolo ni por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al

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"

⁴ *"Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*

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

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

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida

momento del traslado, no con posterioridad debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto, o si cuenta con algún derecho adquirido o 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”*.

Frente al descuento del valor a pagar por concepto de pensión de las diferencias entre los rendimientos de los recursos en el régimen de prima media respecto a los que obtuvo en el régimen de ahorro individual ordenado en el numeral segundo de la sentencia, como la parte actora no presentó recurso alguno, se mantendrá la decisión tomada por el A-quo.

Pensión de vejez.-

En relación a la pensión de vejez reconocida en la sentencia se tiene en cuenta que aún no se han efectuado el traslado de los aportes y rendimientos obtenidos en el régimen de ahorro individual, lo que conlleva a que no exista obligación por parte de COLPENSIONES hasta que no se realice el mencionado traslado de los aportes pensionales con sus correspondientes rendimientos, por lo que una vez recibidos por parte de COLPENSIONES deberá esta proceder al estudio del reconocimiento pensional, motivo por el cual se revocará el ordinal segundo de la sentencia consultada.

Resultan los anteriores razonamientos suficientes para concluir la revocatoria del ordinal segundo relativo al reconocimiento pensional y a confirmar en lo demás la sentencia.

COSTAS – La decisión respecto de las costas en primera se confirma. Sin costas en esta instancia.

de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de agosto de 2021, en el sentido de **REVOCAR** el ordinal segundo de la sentencia objeto de consulta respecto al reconocimiento pensional, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: COSTAS. Sin costas en esta instancia.

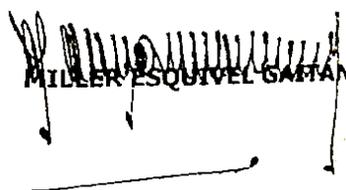
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 MANUEL GUILLERMO HERNÁNDEZ SILVA CONTRA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Rad. 2018 00559 01 Juz 20.

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

MANUEL GUILLERMO HERNÁNDEZ SILVA demandó a OLD MUTUAL S.A., PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 3 y 4.

- Nulidad e ineficacia de la afiliación al RAIS.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Actualización de la historia laboral.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 6. Nació el 03 de marzo de 1957. Se afilió al ISS el 16 de julio de 1985 hasta el 23 de mayo de 1997, momento en el que fue asignado al RAIS administrado por PROTECCIÓN. El Instituto de Seguros Sociales y la AFP omitieron comunicarle que había sido vinculado al RAIS conforme lo previsto en el art. 2 del Decreto 3995/2008, no obstante, no se le dijo de la oportunidad de presentar oposición al traslado de régimen. El 12 de marzo de 2018, solicitó a Protección ser afiliado a Colpensiones, petición que fue negada por contar con la mayor cantidad de aportes en el RAIS, por lo que presentó reclamación administrativa la cual fue direccionada a Asofondos, quien finalmente negó la solicitud de traslado.

Actuación Procesal

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

COLPENSIONES contestó en los términos del escrito que milita a folios 64 a 74.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS el 29 de septiembre de 1995, el traslado a Protección, la reclamación administrativa y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó en los términos del escrito que milita a folios 87 a 98.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, el traslado a esa AFP y la solicitud de retorno a Colpensiones.
- Formuló como excepción previa; falta de integración de litis consorcio por pasiva a PORVENIR y a OLD MUTUAL y de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y genérica

Mediante auto del 14 de mayo de 2019 (fls. 132 y 133), se vinculó a OLD MUTUAL S.A. y a PORVENIR S.A. como litis consorte necesario, quienes contestaron así:

OLD MUTUAL S.A. en los términos del escrito visible a folios 144 a 152.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó la fecha de nacimiento del actor.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPM, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos y genérica.

Mediante auto del 16 de marzo de 2021 (fl. 312) se tuvo por contestada la demanda por **PORVENIR S.A.** en los términos del proceso con radicado 2019 0470, el cual cursaba en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito y en la misma fecha, se dispuso la acumulación de los procesos. La AFP contestó en el escrito visible a folios 223 a 245.

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

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS efectuado por HERNÁNDEZ SILVA el 23 de mayo de 1997 a la AFP

COLPATRIA hoy PORVENIR y los posteriores traslados horizontales entre fondos el 30 de noviembre de 1998 a PROTECCIÓN, el 20 de mayo de 2002 a OLD MUTUAL SKANDIA y el 05 de febrero de 2009 a ING hoy PROTECCIÓN. Ordenó a Protección (en caso de llegar a tener recursos del actor), a Skandia y Porvenir a devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

Llegó a esa determinación al colegir que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR no cumplió con su carga probatoria en los términos descritos por la jurisprudencia de la SL CSJ, pues no probó el cumplimiento al deber de información, lo que generó el cambio entre administradoras del RAIS, situación que no ratifica su permanencia, ni tampoco convalida el traslado inicial como quiera que este carece de información completa, veraz y suficiente que le permitiese a la trabajadora tomar una decisión. Indicó que en el asunto no existió multiafiliación, pues por el contrario cuando el actor cambió de empleador pidió continuar afiliado al ISS y no ser trasladado al RAIS, además señaló que la suscripción del formulario no es prueba idónea para establecer el consentimiento informado conforme el literal b del art. 13 de la Ley 100/1993. También resaltó que el cambio entre administradoras del mismo régimen no acredita el cumplimiento al deber de información que se debió realizar al momento del traslado inicial. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, al considerar que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, al corresponder a un asunto que está ligado a la construcción de un derecho pensional que aún no se ha causado y se relevó del estudio de los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Solicita se revoque el fallo, como quiera no se probó la existencia de vicios del consentimiento en los términos del art. 1740 del Código Civil, indicó que el error de derecho no alcanza a afectar el acto jurídico, el actor no cumplió con la carga de la prueba conforme lo dispuesto en el art. 167 del CGP y pide se tenga en cuenta las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en especial la C 1024/2004, la cual señala que nadie puede ser beneficiado por los aportes efectuados por los afiliados al RPM, pues el ordenar el retorno del demandante al RPM descapitalizaría el sistema que administra.

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

Parte demandante: Reiteró los argumentos expuestos en primera instancia, respecto a que el fondo privado incumplió con el deber de información que le correspondía y por ende, el traslado estuvo viciado de nulidad, así como todos los demás traslados entre fondos del RAIS, en los cuales la información fue sesgada e incompleta. Indicó que respecto al argumento de COLPENSIONES que se descapitaliza el sistema pensional, no es cierto, por cuanto se trasladarán todas las

sumas cotizadas por el actor a lo largo de su vida laboral, junto con los rendimientos y las sumas descontadas por gastos de administración y seguro previsional, lo que permite el financiamiento completo de la prestación pensional de HERNÁNDEZ SILVA.

Parte demandada:

COLPENSIONES: Afirmó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de la Ley 797/2003, lo que hace imposible su retorno al RPM, de igual modo, reiteró que no se probó de ninguna forma la ocurrencia de vicios del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, además de que existieron múltiples traslados entre fondos privados, lo que indica que el actor si conocía las características relevantes del régimen privado. Sostuvo que se genera una descapitalización del sistema público de pensiones con este tipo de decisiones y condicionó el cumplimiento de la sentencia en caso de confirmación al traspaso de todas las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor.

Las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL guardaron silencio en ésta oportunidad.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de los documentos que reposan a folios 25 a 30 del 12 de marzo de 2018, donde se solicitó la anulación del traslado al RAIS. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, su traslado inicial data del 26 de mayo de 1997 (fl.53) con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, el 30 de noviembre de 1998 se trasladó a PROTECCIÓN S.A tal como se advierte de la consulta SIAFP (fl. 154). El 20 de mayo de 2002 se afilió a SKANDIA hoy OLD MUTUAL (fl.153), luego el 22 de noviembre de 2002, retorna a PROTECCIÓN (fl. 99) y finalmente el 05 de febrero de 2009 se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN (fl. 100), 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 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 el demandante el 26 de mayo de 1997 (fl. 53), 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 el actor, 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

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.

Quiénes 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"*

Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso COLPATRIA hoy PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, **se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada** (SL 2611 – 2020³) no como erróneamente lo afirma la apoderada de Colpensiones, pues es a la AFP a quien 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 en los términos de las normas procesales** como lo señala la recurrente.

Es de recordar 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,

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

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"

aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón , 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 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*". Además, es de precisar conforme lo enseñado por la SL CSJ que son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, **con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera** (SL2877-2020) **y evita la descapitalización del sistema** que alega COLPENSIONES. Por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor en virtud de la declaratoria de la ineficacia del traslado lo que hace es garantizar que las cosas vuelven a su estado anterior como si el traslado nunca hubiera ocurrido.

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

COSTAS

Las de primera se confirman. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$908.526).

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito del 18 de mayo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. COSTAS. Las de primera se confirman. Las costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$908.526).

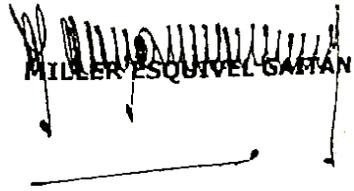
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ HELENA ARANZALEZ RAMÍREZ CONTRA COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00326 01 Juz 05.

En Bogotá D.C., a los dos (2) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUZ HELENA ARANZALEZ RAMÍREZ demandó a COLFONDOS y a COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios. 7 y 8.

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

Los hechos de la demanda se describen a folios. 5 a 7. Se afilió por primera vez al sistema general de pensiones a partir del 19 de diciembre 1990. Se trasladó a Colfondos en septiembre de 2002, entidad a la cual ha estado cotizando hasta la actualidad. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del RAIS como la capitalización del dinero. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para adquirir su derecho

pensional. Presentó solicitud de traslado de régimen pensional del RAIS al RPM ante Colpensiones el 10 de mayo de 2019, sin embargo, fue rechazada.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad (folio 108) y corrido el traslado, las accionadas Colpensiones y Colfondos, contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en folios. 117 a 130.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de afiliación inicial al ISS, la fecha en que la actora realizó el traslado de régimen pensional a la AFP COLFONDOS, la petición realizada a Colpensiones y su respectiva respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, prescripción, falta de causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la constitución política adicionado por el acto legislativo de 2005, y genérica o innominada.

La **AFP COLFONDOS** contestó en los términos del escrito visible a folios 155 a 160.

- Se opuso únicamente a la pretensión de condena en costas a esta entidad.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de afiliación a esta AFP y que en la actualidad la actora se encuentra afiliada a COLFONDOS.
- Formuló como excepciones de mérito; buena fe, innominada o genérica, y compensación y pago.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por LUZ HELENA ARANZALEZ RAMÍREZ a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ordenó a COLFONDOS S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES le ordenó recibirlos actualizando la historia laboral.

Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP (Colfondos) no demostró haber cumplido con el deber de información, que siempre ha existido en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Recalcó que en el asunto ni siquiera se aportó el formulario de afiliación de la demandante a fin de verificar en qué condiciones se realizó la afiliación de la actora, indicó a Colpensiones que sí ella considera que el traslado afecta sus intereses económicos la entidad cuenta con las herramientas legales para perseguir el resarcimiento de sus perjuicios. Dijo que en el asunto no hay lugar a imputar negligencia en cabeza de la demandante y que el hecho de que ella acepte que se dejó convencer por el asesor de la AFP de que el ISS se iba a acabar para aceptar el cambio de régimen no tiene el alcance para no acceder a la nulidad deprecada, máxime cuando la AFP no efectuó mayor despliegue probatorio. No condenó en costas por no haber existido oposición por parte de la AFP.

Recurso de apelación

COLPENSIONES pidió que se revoque la sentencia proferida ya que no se acreditó que la afiliación realizada por la demandante a Colfondos estuviese viciada de nulidad, la actora recibió la asesoría que se debía impartir en esa época, firmó el formulario sin presiones, alega que la demandante se podía trasladar dentro de los límites temporales establecidos en el art. 13 de la Ley 100/93, por lo que en este momento al contar con más de 56 años de edad y no contar con los 15 años de cotizaciones al RPM a ella ya no le es dable retornar en este momento a COLPENSIONES. Acentuó en que la demandante no es la parte débil en este asunto y que ahora no puede venir a alegar su propia culpa en su favor.

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

Parte demandante: Solicitó que se confirme la decisión teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial que rige la materia, que es aplicable al caso particular y fue observado por el A quo, lo que lo llevó a concluir que existió una falta al deber de información al momento del traslado de régimen.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** Indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, que no logró acreditar la existencia de vicios del consentimiento al momento de la afiliación, que la AFP cumplió con el

deber de información que le asistía en el momento del traslado y que la declaratoria de ineficacia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión.

- **COLFONDOS:** Guardó silencio en la etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta dable acceder a las pretensiones de la demandante y declarar la nulidad del traslado pensional acaecido en septiembre de 2002, y si para su procedencia es necesario que la actora cumpla con las condiciones que se exige para los beneficiarios del régimen de transición para trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, pues esto es lo que se interpreta del recurso de apelación que propone COLPENSIONES.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada a Colpensiones el 10 de mayo de 2019 (folio 28), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el septiembre de 2002 cuando solicitó su vinculación a la AFP COLFONDOS, hasta la actualidad (folio. 33).

Validez del traslado de régimen

Respecto a la validez del traslado de régimen La Sala encuentra 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.

Con relación a esto, si bien la demandante en septiembre de 2002 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP 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.

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”*

En vista que se trata de 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 o características, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, entidad esta que asumió la afiliación que hizo la demandante y del interrogatorio de parte rendido por la actora lo que se advierte fue que a la misma no le fue expuesto un panorama completo de los beneficios y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, que es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto

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"

necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Ahora es de recordar que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP en el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber ha existido desde un inicio (SL1452-2019).

Se recuerda a la apoderada de Colpensiones que la nulidad del traslado del régimen pensional se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la ley no autoriza su traslado, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en 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 igual forma, es preciso recordar que conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia (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,*

⁴ *“Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*

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

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

(...)

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

tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Colfondos a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, con lo cual se garantiza la sostenibilidad financiera del sistema ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir un afiliado que en efecto dejó de ser parte de ese régimen tal como fue precisado en la sentencia SL 2877-2020, donde se indicó:

"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."

Resultan los anteriores razonamientos suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de Colpensiones.

DECISIÓN

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

RESUELVE

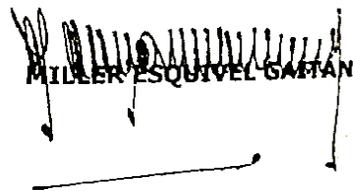
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAÍTAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DIVA FUENTES MENESES
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES. Rad. 2019 00408 01 Juz 23.**

En Bogotá D.C., a los dos (02) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA DIVA FUENTES MENESES demandó a la AFP PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 a 6.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5. Nació el 2 de diciembre de 1965. Inició a cotizar en el RPM desde el 18 de octubre de 1983. Reunió un total de 536 semanas cotizadas. Se trasladó a la AFP Davivir, hoy Protección S.A., el 15 de diciembre de 1995. Posteriormente se afilió a Colfondos S.A. el 27 de julio de 2004. En la actualidad sigue efectuando cotizaciones a la AFP Colfondos. Al momento de

los respectivos traslados efectuados no se le informo de las consecuencias, ventajas, desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos se le expuso de la disminución del monto de su mesada pensional o de la posibilidad de retornar al RPM. Colfondos S.A. en el mes de noviembre de 2019, informó por petición de la actora, que su mesada pensional ascendía a la suma de \$781.242. De acuerdo a la liquidación efectuada por la firma de abogados Yabar, el ingreso base cotización de la demandante es de \$3.170.320 por lo que le corresponde una pensión de \$2.167.396 en el RPM. El 25 de febrero de 2019 solicitó ante la AFP Colfondos la anulación de la afiliación, petición que se radicó igualmente ante Protección S.A. El 21 de febrero de 2019 elevó ante Colpensiones reclamación para que se procediera a activar su afiliación por cuanto existió un vicio del consentimiento en la afiliación al RAIS. Las tres entidades contestaron que no era posible acceder a lo solicitado. La actora presentó una consulta ante la Superintendencia Financiera para que se pronunciara acerca del deber de información, a la cual Colpensiones contestó por requerimiento de la Procuraduría General que desde octubre de 2012 se vienen adelantando por parte de las AFP actividades tendientes a informar de manera adecuada a los afiliados sobre los traslados de regímenes.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad, se dispuso vincular de oficio en calidad de litisconsorcio necesario al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - Foncep mediante auto del 28 de agosto de 2020. Corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
en los términos del escrito visible en fls. 122 a 135.

- Se opuso a las pretensiones que se elevaron en su contra, al resto ni se opuso ni se allanó.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, las cotizaciones efectuadas en el RPM, la edad de la actora al momento del traslado de régimen, la actual administradora de pensiones, la afiliación efectuada a

Colfondos S.A., la edad en el momento de la afiliación a la AFP Colfondos, la solicitud de nulidad de traslado y la contestación que negó la petición.

- Formuló como excepciones de mérito; cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó en los términos del escrito visibles a fls. 177 a 188.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado efectuado a la AFP Davivir, la edad al momento del traslado, la solicitud de nulidad de traslado ante Protección S.A. y la respuesta que rechazó la solicitud.
- Formuló 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, 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 genérica.

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., dio contestación en los términos del escrito visibles a folios 141 a 151.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a Colfondos S.A., la actual administradora de pensiones, la edad al momento de la afiliación a la AFP Colfondos, la proyección de la mesada pensional entregada, la solicitud de nulidad de traslado y la respuesta que rechazó la petición.
- Propuso como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado

por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y genérica.

EL FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES-FONCEP, dio contestación en los términos del escrito visible en el CD fl. 281.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante y la edad al momento del traslado inicial.
- Propuso como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva de la demandada Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones "Foncep", competencia de los fondos, cajas y entidades territoriales para el reconocimiento de prestaciones de jubilación - incompetencia de los fondos o cajas para acceder a lo solicitado por el demandante, improcedencia de la vinculación como litisconsorcio necesario procedimiento para el cobro y pago de cuotas partes pensionales y/o del bono pensional para financiar prestaciones pensionales, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Davivir, hoy Protección S.A. de fecha 13 de diciembre de 1995. Ordenó a la AFP Protección y Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Dispuso desvincular al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - Foncep. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que las AFP no cumplieron con la carga probatoria a cargo pues no demostraron 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 de la actora.

Recursos de apelación

- **LA AFP PROTECCIÓN** está inconforme con la orden de devolver los gastos de administración los cuales constituyen una deducción legal y generan un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, precisa que todos los

dineros fueron remitidos a la AFP Colfondos y que pensar que las cosas vuelvan al estado anterior contraria la sanción que acarrea la ineficacia. Expone que los dineros causados por el seguro previsional ya fueron causados y girados y dejarlos en poder de la aseguradora genera también otro enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad. De otra parte, asegura que la excepción e prescripción opera frente a la comisión de administración, en el sublite no hubo detrimento en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

- **COLPENSIONES** tampoco está de acuerdo con la sentencia, alega que es un tercero de buena fe que no participó en el acto de traslado, resaltó la intención de la actora en permanecer en el RAIS y que a ella le corresponde conforme las reglas de la carga de la prueba demostrar sus argumentos. Pide se analicen las particularidades del caso en especial tener en cuenta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni tampoco cuenta con una expectativa legítima. De otra parte, precisa que de confirmarse la decisión del a quo afectaría el equilibrio financiero e impactaría negativamente la reserva pensional. Finalmente solicita se condene a la AFP que pague los perjuicios económicos que se está generando a COLPENSIONES.

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

Parte demandante: Solicitó que se confirme la decisión por cuanto no le fue brindada información clara y suficiente al momento de la afiliación al RAIS, simplemente se limitaron a diligenciar un formato pre establecido, el cual, bajo criterio de la SL CSJ no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información.

Parte demandada

COLPENSIONES: Solicitó que se revoque la decisión por cuanto sostiene que no se valoraron las pruebas allegadas de manera correcta, solo se decidió con el argumento de la demandante de que no le habían brindado la información suficiente pero no se verificó que ello fuera cierto, además, hasta la fecha en que podía cambiarse de régimen, nunca lo realizó, solo hasta ahora que encontró una

motivación netamente económica para hacerlo, por ende, al aceptar a la actora en el RPM se descapitaliza el sistema público de pensiones.

COLFONDOS S.A.: Guardó silencio en esta etapa procesal.

PROTECCIÓN S.A.: Guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 21 de febrero de 2019 (fls. 80 a 81), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 27 de julio de 2004, cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos, según formulario que reposa a folio 61, luego de estar afiliada a la AFP Santander, hoy Protección S.A. desde el 14 de junio de 2002 (fl. 190) y AFP Davivir, hoy Protección S.A. a partir del 15 de diciembre de 1995 (fls. 60, 189 y 199)

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 tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien la actora el 15 de diciembre de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Davivir, hoy Protección S.A. (fls. 60, 189 y 199), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria 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

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)

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 que se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones 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

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

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

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

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

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

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP Protección, entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora, 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 actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), y es por esto, el deber de información comprende todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, pues las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus usuarios una información completa y comprensible, obligación emanada de la buena fe.

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

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

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

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

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

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

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

con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo 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”*.

Se resalta que si bien existe diferencia entre ineficacia y nulidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya ha indicado que el camino para abordar estos temas es la ineficacia tal como se desprende de la interpretación de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia también ha precisado en SL4360, SL1688 y SL3464 de 2019, que al no haber previsto el legislador un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, sus consecuencias prácticas eran idénticas, y acogió por analogía el mandato previsto en el art. 1746 del Código Civil que gobierna el régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de las Administradoras de Fondos de Pensiones demandadas, 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 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 (SL2877-2020⁵) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

Ahora, si bien, los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009, en relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado es claro que sí las cosas vuelven a su estado anterior la AFP tiene que asumir los deterioros del bien administrado mediante la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y demás valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, como quiera que la ineficacia se generó como consecuencia de la conducta desplegada por el fondo de pensiones al incumplir con el deber de información a su cargo. En consecuencia, no es viable extender la responsabilidad a las aseguradoras, máxime cuando no obra llamamiento en garantía o solicitud de vinculación en calidad de litisconsorcio necesario de ninguna de ellas en el presente proceso.

De acuerdo a lo expresado por Colpensiones respecto a la carga de la prueba desproporcionada que se le exige a las AFP, se precisa que corresponde a la administradora de pensiones brindar información suficiente y veraz a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos puedan adoptar una decisión realmente libre sobre su futuro pensional, y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 167 del C.G.P., las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa que la carga de la prueba se invierte respecto de

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.

"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.

quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido.

Prescripción de los gastos de administración

Dadas las consideraciones expuestas, La Sala advierte que no acoge los argumentos formulados por la AFP Protección S.A. en cuanto a la aplicación de la prescripción respecto a los gastos de administración, fenómeno dispuesto en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., toda vez que los valores y rendimientos generados son producto de los aportes efectuados por el afiliado, que espera recibir como contraprestación el pago de la suma adicional, para que así se pueda financiar su pensión. Contrario a lo afirmado por la AFP demandada, los gastos de administración no pueden someterse a la prescripción de las acciones laborales, ya que haría nugatorio el derecho pensional que es de carácter imprescriptible.

En cuanto a la solicitud de Colpensiones para que se autorice a la administradora para iniciar las acciones legales tendientes a resarcir el daño causado por las AFP precisa la Sala que dicho planteamiento no fue formulado en el curso del debate jurídico, por lo tanto, esta Corporación no se pronunciará sobre este asunto. En gracia de discusión se le reitera al recurrente, que mediante la devolución de los aportes junto con los demás emolumentos existentes en la cuenta de ahorro individual, así como lo descontado por gastos de administración se pretende garantizar la sostenibilidad financiera del sistema en especial la del RPM tal y como se indicó anteriormente.

Bajo los razonamientos expuestos se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$1.000.000) para cada una de las apelantes como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de marzo 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. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$1.000.000) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

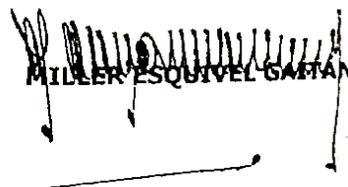
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NEILA MARÍA MORENO PIRAGUA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 00871 01 Juz 20.**

En Bogotá D.C., a los dos (2) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

NEILA MARÍA MORENO PIRAGUA 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 6 de enero de 1967. Efectuó cotizaciones en el ISS desde el abril de 1987 hasta enero de 1998. El 13 de febrero de 1998 se afilió a la AFP Protección S.A. Al momento del traslado no le explicaron cómo funcionan las modalidades de pensión, el cobro de los gastos por administración, el capital que debía acumular, así como tampoco le hicieron una proyección de pensión. El capital acumulado en la cuenta de ahorro individual asciende a la suma de \$143.953.043 y acredita 1.410 semanas cotizadas. La mesada pensional que el corresponde en el RAIS es de \$845.871 mientras que en el RPM equivaldría a \$3.657.047. El 12 de noviembre de 2019, presentó derecho de petición

ante Protección S.A. solicitando la información que le fue suministrada al momento del traslado, petición que no fue contestada de forma satisfactoria por parte de la entidad. De otra parte, elevó reclamación administrativa ante Colpensiones para retornar al RPM, la cual fue negada.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinte 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 de la demandante, la solicitud de vinculación y la respuesta emitida por Colpensiones.
- 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 fecha de nacimiento de la demandante, no realización de proyección pensional al momento del traslado, la actual afiliación a Protección S.A., el monto de la mesada pensional y el derecho de petición radicado.
- 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 el pago al

seguro provisional cuando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros 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 Protección S.A., de fecha 13 de febrero de 1998. 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

COLPENSIONES Considera que es improcedente la declaratoria de nulidad del traslado, toda vez que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, ya que no es beneficiaria del régimen de transición y por tanto no se puede trasladar en cualquier tiempo. De otra parte, manifiesta que no se acreditó perjuicio alguno como resultado de la afiliación al RAIS. Afirma que la decisión pone en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones que es un tercero ajeno de buena fe, por lo tanto, debe ser absuelto de la condena en costas.

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

Parte demandante: Indicó que el asesor de PROTECCIÓN no le brindó la información suficiente al momento de la afiliación, por lo cual el traslado carece de validez al estar precedido de una falta al deber de información, razón por la que pidió la confirmación de la decisión.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** Indico que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, que no logro acreditar la existencia de vicios del consentimiento al momento de la afiliación, que la AFP cumplió con el deber de información que le asistía en el momento del traslado y que la declaratoria de ineficacia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión.

- **AFP PROTECCIÓN:** Guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 12 de noviembre 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 de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 13 de febrero de 1998, cuando solicitó su vinculación a la AFP Protección S.A. (expediente digital).

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de

ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 13 de febrero de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Protección S.A. (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP 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.

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)

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 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.

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

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

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

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

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

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

Es preciso recordar que 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, pues 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 SL1689-2019, 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 demostró la AFP PROTECCIÓN, entidad que asumió la afiliación que hizo la 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).

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

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

así 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*".

Cabe resaltar que las AFP deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁴) por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta. Pese a que los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009, se tiene que con relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado que si las cosas vuelven a su estado anterior, la AFP tiene que asumir los deterioros del bien administrado mediante la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y demás valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, como quiera que la ineficacia se generó como consecuencia de la conducta desplegada por el fondo de pensiones al incumplir con el deber de información a su cargo. Ahora bien, en atención a la solicitud de Colpensiones respecto a la absolución de las costas impuestas en primera instancia, debe decirse que con base en el artículo 365 del Código General del Proceso⁵, procede la condena en costas a cargo de la parte vencida.

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

⁴ 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.

⁵ 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"

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 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 la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

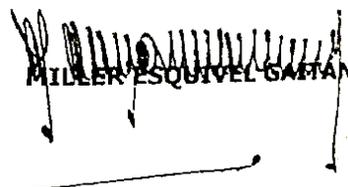
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAÑÁN

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 NORMA CONSTANZA ZARATE AGUIRRE CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. Rad. 2019 00752 01 Juz 32.

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 señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

NORMA CONSTANZA ZARATE AGUIRRE demandó a la AFP OLD MUTUAL y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 9 a 10.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 9. Inició a cotizar al ISS desde junio de 1984 a octubre de 1995. Suscribió formulario de afiliación ante Pensionar S.A., hoy Old Mutual S.A., el 1º de noviembre de 1995. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le

realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El 11 de julio de 2019 solicitó ante la AFP Old Mutual la anulación de la afiliación realizada al RAIS y el traslado de sus aportes a Colpensiones, la cual fue contestada de manera desfavorable. A su vez la misma petición fue elevada ante Colpensiones. A la fecha la Administradora Colombiana de Pensiones no ha remitido respuesta alguna a la solicitud y los derechos de petición radicados el 15 de julio y 13 de septiembre de 2019. Por lo anterior se entiende agostada la reclamación administrativa.

Actuación procesal

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,

en los términos del escrito visible en fls. 239 a 260.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud de nulidad de traslado radicada, la comunicación entregada a Colpensiones y el agotamiento de la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., dio contestación en los términos del escrito visibles a folios 124 a 135.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación efectuada a Old Mutual S.A., los aportes realizados a Pensionar S.A., la fusión entre Old Mutual Pensiones y cesantías S.A. y Pensionar S.A., la solicitud

de nulidad de traslado radicada ante la AFP Old Mutual y la repuesta que rechazó la petición.

- Propuso como excepciones de fondo; buena fe, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través del Fondo de Pensiones Obligatoria Pensionar S.A., hoy Skandia S.A. de fecha 1° de noviembre de 1995. Ordenó a la AFP Skandia, trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Absolvió a Colpensiones del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, ya que a la fecha la demandante no cumplía con el requisito de la edad establecido en la ley 100 de 1993. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que las AFP no desplegaron su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostraron 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.

Recurso de apelación

- **LA AFP OLD MUTUAL** solicita se revoque parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la condena de los gastos de administración, como quiera que estos valores ya fueron descontados para generar rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual de la demandante y además se cubrieron los riesgos de vejez, invalidez y muerte, todo lo anterior producto de la buena gestión profesional del fondo de pensiones, y de ordenarse la devolución se causaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.
- **COLPENSIONES** solicita se revoque la sentencia. Señala que la actora efectuó el traslado de forma libre y voluntaria y ratificó su intención de permanecer en el RAIS por más de 26 años. Además, indica que al momento de la suscripción del formulario de afiliación la demandante tenía plena capacidad legal para entender las implicaciones del acto jurídico. Considera que no se presentaron vicios del consentimiento. Por otro lado, reitera que la

señora Norma Constanza Zarate trabajo por mas de 14 años para Skandia, por ende, tenía amplios conocimientos acerca del Régimen de Ahorro Individual. Afirma que en los casos de nulidad de traslado la carga probatoria la tiene la parte accionante y que la obligación del deber de información es bilateral y no debe recaer solamente en la administradora de pensiones. Destaca que para la época del traslado la normatividad vigente solo contemplaba el formulario de afiliación para demostrar el consentimiento vertido en el mismo.

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

Parte demandante: Quedó plenamente demostrado que Old Mutual S.A hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A. omitió dar una información clara, completa y precisa a la señora Norma Constanza Zárate Aguirre sobre las ventajas y desventajas que le traería el cambio de régimen pensional.

Parte demandada

COLPENSIONES: Señala que NORMA CONSTANZA ZARATE AGUIRRE, suscribió el formulario de afiliación al RAIS en noviembre del año 1995 y, por ende, la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993, (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el cual, estableció en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las entidades de "suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen". Por lo que, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, por cuanto, las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación.

OLD MUTUAL S.A.: no se pronunció en esta etapa.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 10 de julio de 2019 (fls. 54 a 56), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 1º de noviembre de 1995, cuando solicitó su vinculación a la AFP Pensionar, hoy Skandia S.A. Pensiones y Cesantías, según formulario que reposa a folios 136, 184 y 210.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien la actora el 1º de noviembre de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Pensionar, hoy Skandia S.A. (fls. 136, 184 y 210), 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.**

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 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 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

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

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

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

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

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

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

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.

Quiénes 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 "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

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 que se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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"

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.

Nada de lo anterior demostró la AFP Old Mutual, entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora, 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 las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), y es por esto, el deber de información comprende todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, pues las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus usuarios una información completa y comprensible, obligación emanada de la buena fe.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por la AFP Old Mutual, no se subsanan y la hacen depositaria del deber de información por el hecho de que la actora hubiese permanecido por más de 26 años efectuando cotizaciones sin manifestar insatisfacción frente al régimen escogido, como quiera que las inconformidades surgen después de transcurridos varios años al acercarse al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión.

De otra parte, la afirmación sobre la profesión u oficio de la demandante, tampoco tiene lugar, pues por el hecho de haber trabajado para la sociedad fiduciaria Skandia S.A. por más de 14 años en donde desempeñó el cargo de secretaria, no implica que deba tener amplio conocimiento, experiencia y comprensión del sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones, máxime si se tiene en cuenta la forma en que se estructura o construye la prestación, como quiera que en el RAIS ello depende de múltiples factores macro y microeconómicos, con lo cual el nivel de detalle de la información es de mayor exigencia.

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"

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de las Administradoras de Fondos de Pensiones demandadas, 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 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 (SL2877-2020⁵) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

Si bien, los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la ley 1328 de 2009, sin embargo con relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado, es

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.

“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.

claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la AFP tiene que asumir los deterioros del bien administrado mediante la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y demás valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, como quiera que la ineficacia se generó como consecuencia de la conducta desplegada por el fondo de pensiones al incumplir con el deber de información a su cargo.

De acuerdo a lo expresado por Colpensiones respecto a que la carga de la prueba no debe estar exclusivamente en cabeza de las AFP, se reitera que corresponde a la administradora de pensiones brindar información suficiente y veraz a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos puedan adoptar una decisión realmente libre sobre su futuro pensional, y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 167 del C.G.P., las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido.

Ahora bien, conforme a lo manifestado por la entidad recurrente acerca del formulario de afiliación como único medio de prueba 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 SL1689-2019, 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"

Bajo los razonamientos expuestos se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 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 recurrentes. Fíjese el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

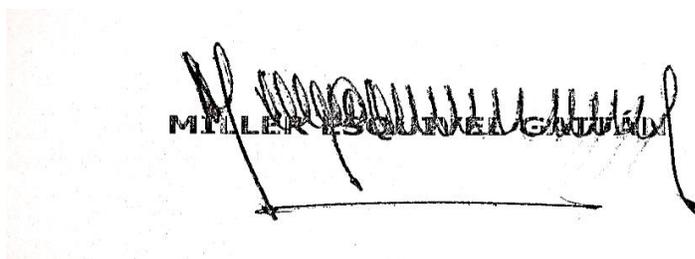
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS 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 CARLOS ACOSTA GARAY CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00562 01 Juz 39.

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

CARLOS ACOSTA GARAY demandó a la AFP PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 8 a 9.

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

los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 8. Se afilió al sistema general de pensiones el 19 de abril de 1977. Se trasladó a Porvenir S.A. el 16 de agosto de

1995. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. Solicito la anulación de la afiliación al RAIS ante Colpensiones y la AFP Porvenir, la cual fue negada. En el evento de haber seguido cotizando al RPM, el monto de la mesada pensional ascendería a la suma de \$2.815.928 mientras que en el RAIS es igual a \$2.485.099. actualmente se encuentra afiliada a Porvenir S.A.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado se dispuso la vinculación de Protección S.A., las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La AFP PORVENIR S.A. contestó en los términos del escrito visibles a folios 44 a 69.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; la solicitud de nulidad de traslado presentada ante Porvenir S.A., la respuesta emitida que rechazó la petición, la negativa a efectuar la anulación de la afiliación y el traslado a Colpensiones.
- Propuso como excepción previa la vinculación de Protección S.A.
- 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.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visible a folios 110 a 145.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones, la respuesta que rechazó la solicitud de nulidad de la afiliación al RAIS y la negativa a efectuar el traslado a Colpensiones.
- Formuló como excepciones de fondo; 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.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación en los términos del escrito visibles a folios 1 a 21 (expediente digital 08).

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Formulo 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, 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, traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir, Traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir S.A., de fecha 1º de septiembre de 1995. Ordenó a Porvenir S.A. y la AFP Protección a trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto

con los gastos de administración y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Ordenó informar a Colpensiones para que pueda iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse por parte de Porvenir S.A. y Protección S.A. al momento de reconocerle una futura mesada pensional al actor, debido a que Colpensiones es un tercero ajeno que no tuvo injerencia en el acto que deviene en ineficaz. De otra parte, llegó a la determinación de declarar la ineficacia del traslado al tener en cuenta que la AFP Porvenir no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia. Considera que la declaratoria de ineficacia del traslado resulta improcedente en este caso, pues el demandante estaba debidamente informado y realizó la afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, situación que se colige de los múltiples traslados horizontales efectuados. En el interrogatorio de parte el actor afirmó que se acercó en el año 2008 para informarse acerca de su futuro pensional y en ese momento no demostró ningún interés de retornar al RPM. Señala que opera el fenómeno prescriptivo para solicitar la nulidad de traslado, según lo dispuesto en los artículos 151 del C.P.T.S.S en armonía con el artículo 488 del CS.T. Destaca que el Juez no tuvo en cuenta que las pretensiones del demandante se centraban en la declaratoria de nulidad y no de ineficacia, por lo cual no es acorde lo pedido por el actor con lo resuelto en el fallo.

PORVENIR S.A.: señala que la AFP cumplió con el deber de información según la normatividad vigente al momento del traslado, ya que para dicha época no se exigía documentar por escrito la asesoría o entregar proyecciones pensionales. El actor suscribió el formulario de afiliación haciendo uso de su plena capacidad legal.

Considera que el demandante contaba con todas las aptitudes académicas para entender el acto de afiliación, incluso en su interrogatorio de parte manifestó que tuvo interés en investigar por su propia cuenta noticias y artículos referente al tema pensional, ilustrándose de todas las características de ambos regímenes y evidenciando que se trata de un afiliado experto y no lego. Nunca demostró interés en retornar al RPM y eso lo demuestra los traslados horizontales realizados entre administradoras de pensiones. Indica que no es procedente la devolución de los saldos y gastos de administración, toda vez que estos valores ya fueron descontados para cubrir los riesgos de vejez, muerte y enfermedad. De otro lado, manifiesta que Colpensiones no se encuentra habilitada para iniciar acciones tendientes a resarcir los daños y perjuicios, como quiera que la orden de la A quo excede las facultades ultra y extra petita, pues lo anterior no fue propuesto en el curso del proceso.

AFP PROTECCIÓN: solicita se revoque parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la condena de los gastos de administración, como quiera que estos valores ya fueron descontados para generar rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual de la demandante y además se cubrieron los riesgos de vejez, invalidez y muerte, todo lo anterior producto de la buena gestión profesional del fondo de pensiones. Además, indica que las primas de seguro previsional fueron canceladas a las aseguradoras que son terceros de buena fe. Señala que sobre la devolución de dichos conceptos opera el fenómeno de la prescripción establecido en los artículos 151 del C.P.T.S.S. y el 488 del C.S.T., ya que no están destinados a financiar las mesadas pensionales.

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

Parte demandante: señala que al momento de la afiliación la AFP, solamente se limitó a llenar un formato preestablecido y no le brindó al actor la información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones

económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y los beneficios así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en general sobre las implicaciones que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen pensional.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** Manifiesta que el demandante en el año 2003 no solicitó al ISS el traslado al régimen de prima media, sin que en dicha oportunidad hubiera iniciado alguna acción para efectuar el retorno al régimen de prima media, sino hasta el 18 de junio de 2019 fecha en la cual presentó la demanda, contaba con 43 años, esto es, cuando se encontraba dentro de una prohibición legal, que se describe en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 Así mismo debemos tener en cuenta que el demandante no puede alegar hoy desconocimiento de la proyección de su pensión o un comparativo entre los regímenes, toda vez que solo hasta el momento en que cumpliera con los requisitos para su derecho pensional se habría conocido con certeza el valor de su mesada pensional, como quiera que al realizar una proyección al efectuar la afiliación a la AFP PORVENIRS.A .y PROTECCION SA, hubiera sido errónea por desconocerse los valores reales de sus ingresos al momento de pensionarse, por tanto la información dada por la AFP es correcta y adecuada, puesto que se brindó la información y características vigentes al momento de la afiliación.

- **AFP PORVENIR:** es claro que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por el demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación del demandante. Tampoco existía la obligación de informar por

escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía.

- **PROTECCIÓN S.A.:** Indica que con base en el artículo 1746 debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas producto de la buena gestión de la AFP la cuenta de ahorro individual obtuvo rendimientos y por eso tiene derecho el fondo de pensiones a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la parte demandante. Frente a la prima del seguro previsional se debe manifestar que ésta ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre la parte demandante y PROTECCIÓN.

CONSIDERACIONES

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

gastos de administración y primas de seguro previsional y el resarcimiento de los daños y perjuicios a favor de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 16 de junio de 2019 (fl. 98), 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 3 de febrero de 2006, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 73), antes de haber estado afiliado a Protección S.A. a partir del 1º de junio del 2000, la AFP Colpatria el 22 de octubre de 1998 (fl. 71) y Porvenir S.A. el 16 de agosto de 1995 (fls. 70 y 96)

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 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir el 16 de agosto de 1995 (fls. 70 y 96), con la cual cumpliría los requisitos que

consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información 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

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.

El señor **Carlos Acosta Garay** rindió interrogatorio de parte. Manifestó que se trasladó a Porvenir hace 26 años cuando entró a trabajar en la multinacional Grace en ese momento había el "boom" de las empresas de pensiones privadas y había un afán por parte de la compañía de que todos se pasaran a determinada AFP, sin saber acababan de empezar las empresas de pensiones entonces era algo novedoso y nadie sabía de que se trataba, afirma que estaba el ISS y había otras empresas o fondos privados. No sabía bien que decisión estaba tomando en ese momento. Relata que los 200 empleados de la empresa se pasaron a Porvenir o Protección no recuerda pero que en recursos humanos fue trasladado y llegó a enterarse de que estuvo afiliado a Horizonte, Porvenir, etc., sin tener conocimiento de estos traslados. Dice que recuerda haber firmado solo un formulario. Relata que es ingeniero y que trato de informarse pero que jamás les dieron charlas serias, exactas, concretas por parte de los asesores del fondo. Normalmente los asesores de las AFP hablaban con recursos humanos o los contadores de la empresa, nunca directamente con los trabajadores. Recuerda que se afilio a Porvenir en pensiones voluntarias ya que para el era importante tener un ahorro, pero eso no implica que el tuviera una información clara e informada de los fondos privados. Lo motivo a afiliarse a Porvenir tener un ahorro personal y que fue esto lo que le llamo la atención. Afirma que se enteró de los aportes voluntarios buscando un lugar donde invertir su dinero y vio como opción el fondo privado. Cuando se afilio a Protección fue por parte de la empresa que pasaron de un fondo de pensiones a otro y no sabe si hay un formulario firmado para afiliarse a Protección porque realmente lo único que le interesaba como trabajador era estar afiliado a un fondo. Cuando se acerca a Porvenir se da cuenta

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 sus expectativas no se habían cumplido. Afirma que todo fue por medio de propagandas, pero nunca fue una información especializada y personal. Dice que todos los traslados efectuados obedecieron a decisiones colectivas de la empresa. Manifiesta que conocía los requisitos para pensionarse en el ISS, vagamente recuerda que eran 1500 semanas y cierta edad, dos aspectos básicos de amplio conocimiento, pero pese a ello nunca se enteró de beneficios o desventajas de uno y otro porque no sabía que había diferencia negativa o positiva entre uno y otro porque la empresa fue la que decidió afiliarlo al fondo privado, sin que el no adelantara ningún tipo de trámite. Cuando cumplió los requisitos pensionales se acercó a Porvenir, las expectativas que tenía eran altas porque fueron 44 años que cotizo a pensiones. En el año 2008 que cumplió los requisitos, no pensó en retornar porque sabía que tenía un capital acumulado en Porvenir. Dice que el ISS es un fondo común y en cambio Porvenir lo asemeja con un banco que tiene una cuenta individual con los ahorros. Conoce esa información porque el mismo se motivó a leer noticias y averiguar sobre el tema.

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad que asumió la afiliación que hizo el demandante, y que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. La AFP 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

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”

cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Insuficiencias que contrario a lo considerado por la AFP Porvenir y Colpensiones, no se subsanan y lo hacen depositario del deber de información por el hecho de que el actor hubiese permanecido más de 26 años efectuando cotizaciones sin manifestar insatisfacción frente al régimen escogido, o porque haya demostrado su intención de resolver dudas e inquietudes por cuenta propia, como quiera que las inconformidades surgen a lo largo del tiempo y al ver que no encontró las respuestas e información necesaria por parte del fondo privado al cual estaba afiliado, se vio obligado a indagar acerca de los términos en que le sería reconocida la pensión de vejez, toda vez que es un derecho que le asiste como consumidor financiero y usuario del sistema general de seguridad social en pensiones.

Se resalta que si bien existe diferencia entre ineficacia y nulidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya ha indicado que el camino para abordar estos temas es la ineficacia tal como se desprende de la interpretación de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia también ha precisado en SL4360, SL1688 y SL3464 de 2019, que al no haber previsto el legislador un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, sus consecuencias prácticas eran idénticas, y acogió por analogía el mandato previsto en el art. 1746 del Código Civil que gobierna el régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

Igualmente, no es de recibo el argumento de traslado entre administradoras del mismo régimen para pretender convalidar con esa actuación la decisión del cambio de régimen pensional. La Corte Suprema de Justicia en sentencia *SL 3349 del 28 de julio de 2021*, precisó;

"de esta suerte, en la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que tal evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores"

De otra parte, la afirmación sobre la profesión u oficio del actor y sus capacidades académicas, tampoco tiene lugar, pues, por el hecho de ser ingeniero no implica que tenga amplio conocimiento, experiencia y comprensión del sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones, máxime si se tiene en cuenta la forma en que se estructura o construye la prestación, como quiera que en el RAIS ello depende de múltiples factores macro y microeconómicos, con lo cual el nivel de detalle de la información es de mayor exigencia.

Ahora bien, de acuerdo a lo ordenado por la A quo acerca de informar a Colpensiones para que inicie las acciones civiles tendientes a resarcir los daños y perjuicios causados por parte de las administradoras de pensiones demandadas en razón al futuro reconocimiento de la pensión de vejez a su cargo, cabe resaltar que este asunto no fue objeto de debate en el curso del proceso, ni fue propuesto por la accionada en las diferentes etapas procesales. En gracia de discusión se reitera que, mediante la devolución de los aportes junto con los demás emolumentos existentes en la cuenta de ahorro individual, así como lo descontado por gastos de administración, se garantiza la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Así las cosas, se revocará el ordinal sexto de la sentencia impugnada.

Devolución de los gastos de administración

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 las administradoras de fondos de pensiones demandadas, es preciso

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

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁴) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

Prescripción de la acción de nulidad y/o ineficacia del traslado

Respecto a la aplicación del fenómeno prescriptivo contemplado en los artículos 151 C.P.T.S.S. en armonía con el artículo 488 C.S.T., se precisa que el asunto aquí

⁴ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

discutido es de carácter imprescriptible. Resulta prudente traer a colación la sentencia *CSJ SL 3871 de 2021* que reiteró;

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

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **revocar parcialmente** 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) a cargo de cada una de ellas 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.- REVOCAR el ordinal sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de abril de 2021 , por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de abril de 2021 , por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

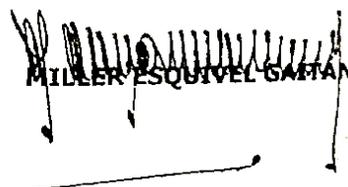
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ 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 MARTHA LUCÍA RAMÍREZ GÓMEZ CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2020 00583 01 Juz 37.

En Bogotá D.C., a los dos (2) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARTHA LUCÍA RAMÍREZ GÓMEZ demandó a PORVENIR y a COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios. 3 y 4.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades Ultra y Extra Petita

Los hechos de la demanda se describen a folios. 2 a 3. Nació el 11 de marzo de 1967, se afilió al ISS el 11 de febrero de 1987, se trasladó a Porvenir S.A. el 01 de marzo de 2000 y ha estado cotizando a esa entidad hasta la actualidad. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias como capitalización. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. El 20 de febrero requirió a Porvenir la

nulidad de su afiliación, pero no le dieron respuesta, y posteriormente, el 24 de febrero de 2020 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen del RAIS al RPM, sin embargo, le fue negada la petición.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad (folio 97) y corrido el traslado, las accionadas Colpensiones y AFP Porvenir, contestaron de la siguiente manera:

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 115 a 140.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que en la actualidad está cotizando a esta entidad, y la petición que le realizó la accionante.
- 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.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en folios. 260 a 279.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, y la solicitud de nulidad realizada a esta entidad junto a su respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, 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 o innominada.

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 régimen de prima media al régimen al de ahorro individual con solidaridad que se

efectuó a través de PORVENIR el 23 de febrero del año 2000, ordenó a la AFP devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y condenó en costas a Porvenir en un salario mínimo legal mensual vigente.

Llegó a esa determinación al tener en cuenta que, a pesar de no ser la actora beneficiaria del régimen de transición o no contar con una expectativa legítima frente a su derecho pensional al momento del traslado, la AFP (Porvenir) no desplegó en debida forma su carga probatoria, pues no demostró haber cumplido con el deber de información el cual siempre ha existido, en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el momento del traslado de régimen, esto debido a que solo se aportó al proceso el formulario de afiliación de la actora al fondo privado y del interrogatorio de parte a la demandante lo que se evidenció fue que solo se brindó información general de las características del régimen pero no se aconsejó acorde a las circunstancias particulares de la actora. De otra parte dijo que al estar la nulidad de traslado relacionada con los derechos pensionales de la accionante no operaba la excepción de prescripción

Recurso de apelación

COLPENSIONES solicitó se revoque la decisión proferida porque se probó que a la demandante se le informó en las diferentes asesorías sobre el funcionamiento del RAIS, igualmente ella tenía la obligación de informarse como consumidora financiera y profesional en derecho de las consecuencias del traslado, la Ley le brindó la oportunidad de retornar al RPM, sin embargo, no lo hizo, por lo que no puede beneficiarse de su falta de cuidado, aunado a que su única motivación es el monto de la mesada pensional. Indica que el traslado de la accionante afectaría significativamente la sostenibilidad financiera del sistema pensional teniendo en cuenta la no cotización a Colpensiones y la variación en el monto de los aportes. De confirmarse la sentencia, pide sea absuelta la entidad de las costas y se ratifique la condena de la devolución de todos los dineros.

PORVENIR también solicita que se revoque la sentencia de primera instancia debido a que no se acreditan causales para invalidar el acto del traslado realizado por la demandante, pues se cumplieron con las cargas en materia de información exigidas para la época, recalcó que el deber del buen consejo no se requería para ese entonces, y esto se demostró con el formulario de afiliación, y las declaraciones

realizadas en el proceso. Manifiesta que la accionante es una profesional del derecho y si bien no lo era al momento del traslado, sí lo es desde el año del 2006, por lo que al guardar silencio para trasladarse hasta la actualidad demuestra un desinterés en su futuro pensional, sin que el descontento con el monto de su mesada pensional sea una causal de ineficacia del cambio de régimen. Respecto a las consecuencias de declarar la ineficacia conlleva a tener en cuenta las restituciones mutuas y por lo tanto es improcedente la devolución conjunta de los rendimientos y gastos de administración.

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

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa procesal.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** Indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003, que el traslado no estuvo viciado, que el fondo privado cumplió con la carga que le asistía al momento del traslado de régimen y que, al declararse la ineficacia del traslado y el retorno a COLPENSIONES, se descapitaliza el sistema público de pensiones, por lo que pide que se revoque la decisión.
- **PORVENIR:** Indicó que cumplió con las obligaciones a su cargo al momento del traslado de la actora, por lo que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado y por ende, ordenar a devolver los gastos de administración, porque las mencionadas sumas son producto de la buena gestión que han realizado con los aportes de RAMÍREZ GÓMEZ, por lo que pidió se revoque en su totalidad la sentencia objeto de recurso.

CONSIDERACIONES

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

del recurso de apelación”, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el traslado del capital acumulado junto con los rendimientos.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada a Colpensiones el 24 de febrero de 2020 (folios. 31 a 33), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 23 de febrero del 2000, cuando solicitó su vinculación a la AFP PORVENIR S.A. según formulario que reposa a folios 186.

Validez del traslado de régimen

Respecto a la validez del traslado de régimen La Sala encuentra 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.

Con relación a esto, si bien la actora el 23 de febrero del año 2000 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 186), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

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

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

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

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP 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.

En vista de que se trata de 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

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"

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

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad esta que asumió la afiliación que hizo la demandante, pues se allegó solamente formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y la declaración rendida por esta, en la que no se evidencia se haya realizado una confesión y solo manifiesta haber hecho el traslado de forma voluntaria y que recibió una explicación general del régimen pensional; lo cual, no acredita que se le haya expuesto un panorama completo de los beneficios y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, que es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido. (SL1452-2019).

Se debe tener en cuenta 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

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"

régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que en nada tenga que ver que la afiliada sea beneficiaria del régimen de transición, tenga derecho al retracto, cuente con algún derecho adquirido o una expectativa legítima, sí con posterioridad se informó de las características del régimen, o la formación profesional que ostente, 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”*. En consecuencia, lo que se valora en estos asuntos es el alcance del entendimiento que tuvo la actora al momento del traslado y la información suministrada respecto de las consecuencias de su actuar con base al deber de información que debía brindar la AFP.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la demandante en su cuenta individual y los gastos de administración dentro de los que se encuentra las primas de seguro y los dineros destinados a generar rendimientos, impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal*

⁴ *“Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*

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

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

(...)

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

sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Porvenir a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, pues son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, además de que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se evita un enriquecimiento sin justa causa o un perjuicio para la entidad o la demandante y se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020)

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

Resultan los anteriores razonamientos suficientes para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes conforme el art. 365 del CGP. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$1'000.000) como agencias en derecho para Colpensiones y para Porvenir.

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 Siete Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de septiembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes. Fíjese la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$1'000.000) como agencias en derecho para Colpensiones y para Porvenir.

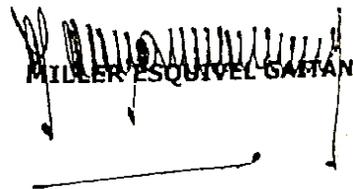
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN