

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 NÉSTOR ALBERTO FIGUEROA ENRIQUE
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN SA. Rad. 2018 – 00190
Juz. 12.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

NÉSTOR ALBERTO FIGUEROA ENRIQUE demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN SA., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 1 y 2.

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

Pretensiones subsidiarias

- Se declare vicio en el consentimiento
- Protección asuma el pago de la diferencia de la mesada pensional que se hubiese generado en Colpensiones.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 6. Nació el 6 de julio de 1961. Comenzó a cotizar al ISS desde el 7 de julio de 1987. En mayo del 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Colfondos, momento con el que contaba con 469.71 semanas cotizadas. El asesor de Colfondos le indico que su mesada

pensional iba ser más favorable en el RAIS, pero no se le hizo una proyección de ella. En diciembre de 2003 se trasladó a la AFP Protección sin que tampoco se le brindara una asesoría completa. No fueron expuestas las implicaciones del traslado entre uno y otro régimen. El 5 de diciembre de 2017 solicitó a las demandadas la invalidación del traslado de régimen al cual no se accedió porque al demandante le faltaban menos de 10 años para que adquiriera su estatus pensional.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 110 a 116. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento de la demandante, los periodos de vinculación al ISS, el número de semanas, la fecha del traslado al RAIS, el traslado entre las administradoras, la reclamación administrativa y la negativa del traslado.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en términos del escrito visible en fls. 133 a 156. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos solo acepto el traslado en el 2003 a PROTECCIÓN. En cuanto a los demás dijo no constarle o no ser ciertos.
- Formuló como excepciones de mérito las de; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, genérica y ausencia de vicios del consentimiento.

PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en términos del escrito visible en fls. 169 a 180. Se opuso a la mayoría de las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó la edad y el número de semanas del actor.

- Formuló como excepciones de mérito las de; validez de la afiliación al RAIS con PROTECCIÓN, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicios del consentimiento por error de derecho 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 probada la excepción de inexistencia de la causal de ineficacia o de invalidez de la afiliación y absolver a las demandadas. Llegó a tal decisión luego de establecer las diferencias entre la ineficacia y la nulidad. Dijo que el hecho de que el actor se hubiera cambiado entre una y otra administradora del mismo régimen, generaba una ratificación en los términos del art. 898 del Código de Comercio que respaldaba la relación jurídica producto de la afiliación. Que del interrogatorio de parte del actor tampoco se infería que éste hubiera sido objeto de un error sobre el objeto, fuerza o dolo en la celebración del negocio jurídico, por lo que concluyó que ni por la senda de la ineficacia ni por la vía de la nulidad las pretensiones del actor podían prosperar.

Recurso de Apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia, porque el hecho de que existan traslados entre administradoras del mismo régimen no significa una convalidación de la afiliación inicial. El actor siempre tuvo la confianza legítima de que se iba a pensionar en mejores condiciones. No se brindó información real y por eso se le indujo en error, Colfondos no demostró un actuar diligente y transparente y esas circunstancias permiten que prosperen las pretensiones deprecadas.

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

Parte demandante: Considera que el A quo se apartó de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente al tema, por lo que se debe revocar la decisión ya que la AFP no cumplió con su carga probatoria de demostrar el suministro de la información cierta, real y suficiente para que el actor tomara la decisión del traslado.

Parte demandada: COLFONDOS se abstuvo de presentar alegatos. COLPENSIONES alega que la afiliación al RAIS es válida, el actor no probó ningún error, fuerza o dolo

y la confesión de su afiliación debe interpretarse como un acto voluntario de traslado de régimen.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 79 a 81, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 05 de diciembre de 2017, en la que solicita la aceptación en el RPM, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN SA, al cual se trasladó desde el 15 de mayo de 1996, y su vinculación inicial fue con COLFONDOS SA (fls. 181).

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, el actor el día 15 de mayo de 1996 solicitó su vinculación a la AFP COLFONDOS, tal como se desprende del historial de vinculaciones (fls. 181) ya que no se aportó el formato de ese año, pero si el de los demás traslados entre administradoras

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 parte actora. Para esta Sala el diligenciamiento de un formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues además de que no se allego, este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante.

Esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentra la sentencia fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas², reiterado en la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

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”*

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

Nada de lo anterior demostró la AFP COLFONDOS, ya que se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmo el formulario de solicitud de vinculación y si bien ésta AFP al contestar la demanda manifestó que previo al traslado, le suministro al demandante información general donde explica los beneficios del régimen, la cual, según se logró

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”

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

Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneo por el hecho de que el demandante se hubiere traslado a diferentes administradoras en el RAIS, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo. En cuanto al análisis entre ineficacia y nulidad, resulta oportuno recordar que si bien existe diferencia entre estos términos y que 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 artículo 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, SL1688⁴ 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 régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

De conformidad con todo lo anterior, colige La Sala que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual efectuada el 15 de mayo de 1996 a la AFP Colfondos (fls.181) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Por lo tanto, y como quiera que actualmente el actor se encuentra vinculado con PROTECCIÓN SA, ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de mayo de 2019, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de **NÉSTOR ALBERTO FIGUEROA ENRÍQUEZ** al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 15 de mayo de 1996 con destino a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

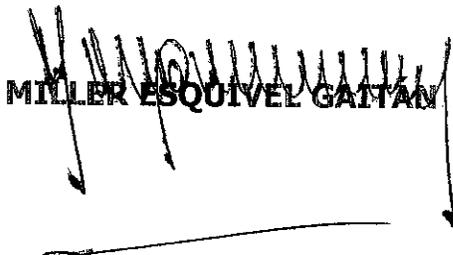
SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** como actual administradora del actor, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubiere recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación del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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GATTÁN