

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 CRISTINA MENDOZA ABELLO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A Y AFP OLD MUTUAL S.A. Rad. 2018 – 00309 Juz. 27

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto 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

MARÍA CRISTINA MENDOZA ABELLO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 1 y 43.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Pensión de vejez a cargo de Colpensiones.
- Retroactivo.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1 vto a 2. Nació el 24 de junio de 1962. Comenzó a cotizar al ISS desde el 1º de julio de 1983. El 24 de febrero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en Old Mutual, dentro del cual se trasladó a Horizonte hoy Porvenir. El asesor de Old Mutual, por medio de engaños la persuadió para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informó el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de

ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante Colpensiones la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 193 a 202. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 89 a 102. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, la reclamación elevada y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en términos del escrito visible en fls. 120 a 149. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; no acepta ninguno.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación, pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos y ausencia de vicios del consentimiento.

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 al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Pensionar hoy Old Mutual y la posterior afiliación dentro del régimen a AFP Porvenir y ordeno a esta última a devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos. Condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que se retire del sistema general de pensiones. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Pensionar hoy Old Mutual no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades, esto es; ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, pues se limitó a allegar copia del formulario de afiliación, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Frente a la pensión consideró que la demandante cumplió los 57 años de edad en el año 2019 y ha cotizado 1.685 semanas hasta el 31 de octubre de 2018 con lo cual cumple los requisitos establecido en la Ley 797 de 2003, no obstante debido que aun labora y no se ha retirado del sistema general de pensiones su disfrute se dará a partir de la fecha de desafiliación.

Recurso de Apelación

El apoderado de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen, la eficacia del traslado se demostró con la suscripción del formulario que hizo de manera libre y voluntaria y en todo caso el error de derecho no vicia el consentimiento y el desconocimiento de las normas no sirve de excusa para su desconocimiento. Agrega que se debe tener en cuenta que la ineficacia del traslado puede llegar a afectar la sostenibilidad del régimen de prima media y la expectativa legítima de los demás afiliados.

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

Parte demandante: Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Old Mutual al momento del traslado de régimen.

Parte demandada

Colpensiones: Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se trasladó de manera libre y voluntaria y que la demandante no aprovechó las oportunidades legales para regresar al régimen de prima media.

Old Mutual: Solicita que se absuelva a esa entidad de todas las pretensiones porque no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen de la actora y en todo caso se debe tener en cuenta que los dineros que pudo haber cobrado por la administración de los aportes del demandante se hizo por disposición legal.

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 del traslado de régimen. Igualmente La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso parcialmente para la demandada Colpensiones, frente a las condenas que por concepto de pensión de vejez se le impusieron.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 34 y 35, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 18 de mayo de 2018, en la que solicitó la nulidad del traslado de régimen, 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 de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 24 de febrero de 1996 cuando solicitó su vinculación a la Pensionar hoy Old Mutual (fl. 144), régimen dentro del cual se trasladó el 27 de abril de 2011 a BBVA Horizonte hoy Porvenir vinculación que actualmente mantiene (fl. 79).

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen, 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 Pensionar hoy Old Mutual no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 24 de febrero de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Pensionar hoy Old Mutual (fl. 144), 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; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante.

Y 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 y la de 22 de

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

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

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”*

noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se 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 hacia 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 como erróneamente lo alega el apoderado de Colpensiones.

Nada de lo anterior demostró la AFP Pensionar hoy Old Mutual, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró a la demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, Old Mutual no aclaró en que consistió esa información y si

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”

adicionalmente a esa exposición le suministró 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, aun cuando le faltaban más de 23 años para alcanzar la edad de pensión.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por el apoderado de Colpensiones, no se subsanan por el hecho de que previo a faltarle menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, la demandante no efectuó ninguna gestión para buscar su traslado, pues esta circunstancia no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él.

Resulta desacertada la afirmación del apoderado de Colpensiones en el sentido de que las características de los dos regímenes pensionales están consagradas en la ley, luego no era necesario que el fondo de pensiones le explicara a la demandante las implicaciones de trasladarse de régimen, pues se reitera; la exigencia de que la AFP suministre a sus afiliados una información completa y comprensible, fue inicialmente de desarrollo jurisprudencial, por la evidente complejidad del tema, a pesar del contenido de la Ley 100 de 1993 y porque en la actualidad es indudable que para que una persona pueda ser beneficiaria de las ventajas que ofrece ese régimen, debe tener en la cuenta individual un saldo sumamente alto que nunca se alcanzara con los aportes regulares que hace un trabajador en su vida laboral.

Del mismo modo aparece desatinada la manifestación del apoderado de Colpensiones al indicar que la ineficacia del traslado y el posterior regreso de la demandante a régimen de prima media va generar una descapitalización del régimen, lo cual además de demostrar un total desconocimiento del régimen de prima media ignora que estos afiliados regresan al Colpensiones con la totalidad de aportes y los rendimientos generados en el RAIS, lo que contribuye con la financiación no solo de sus pensiones si no la de los demás afiliados al régimen de prima media y aunque eventualmente tendrá que reconocer las pensiones y/o prestaciones a que tengan derecho estos afiliados, su entrega no se hace en un solo pago sino de forma periódica y gradual, lo cual garantiza el sostenimiento del sistema piramidal de este régimen.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que a la demandante 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 conllevará a confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

Tiempo de cotizaciones y reconocimiento de la pensión

No se controvierte en esta instancia que el demandante cotizó en toda su vida laboral hasta el momento de presentación de la demanda 1.685 semanas (fl. 75), contabilizando las que hizo por efecto del traslado de régimen en Porvenir (1134 semanas RAIS + 551 ISS), igualmente se debe aclarar que el derecho pensional de la demandante se debe estudiar bajo la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 1993, ya que por haber nacido el 29 de junio de 1962 (fl. 22) no es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 pues para su entrada en vigencia tan solo contaba con 32 años de edad y del mismo modo tampoco había cotizado 750 semanas para esa data (fl. 104), con lo que se concluye que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003⁴, como bien lo estableció la Juez A quo y conllevara a confirmar la sentencia frente a este aspecto.

Disfrute de la pensión

Frente al disfrute de la pensión es importante tener en cuenta el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990⁵, el cual indica que solo se puede disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio y como consecuencia del régimen general de pensiones. Conforme a las documentales obrantes a folios 23 a 27 y 67 a 72, se verifica que la demandante para la fecha de presentación de la demanda continuaba cotizando, ante lo cual solo procede el reconocimiento de la pensión a partir de la fecha en que acredite la desafiliación del sistema. No obstante, se debe aclarar que como Colpensiones a la fecha no ha recibido los valores de la cuenta de ahorro individual que poseía la demandante en el fondo privado, la obligación del reconocimiento pensional por esta entidad surgirá solo cuando se acredite el traslado de dichos fondos por parte de la AFP Porvenir, lo que implica modificar la sentencia en este aspecto.

Liquidación de la pensión

Frente a la forma de liquidar la pensión es pertinente recordar que se deberá calcular conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993⁶, el cual señala que el IBL se debe liquidar

⁴ ARTÍCULO 9. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y **siete (57) años de edad para la mujer**, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a **1.300 semanas en el año 2015**.

⁵ **ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."(Subrayado fuera del texto)

⁶ "ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en

teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo laborado, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas o más, requisitos que cumple la actora pues cotizo **1.685** semanas en toda su vida laboral y el frente a la tasa de reemplazo a aplicar encuentra la Sala que se debe calcular conforme el artículo 34 de la Ley 100 de 1993⁷, parámetros que deberá tener en cuenta Colpensiones para el momento en que liquide la pensión a la demandante, ya que no es posible liquidar la pensión en este momento debido a que la actora aun continua cotizando.

Excepción de Prescripción frente a las mesadas pensionales

Como quiera que se está ordenando el reconocimiento de la pensión a partir de que la actora acredite la desafiliación al sistema, es evidente que no ha transcurrido el término trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. y no estaría prescrita ninguna mesada.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de modificarse la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

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

todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo"

⁷ **Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez.** El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1° de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal cuarto (4º) de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 23 de septiembre de 2019, el cual quedara así: "**CUARTO.- CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de MARÍA CRISTINA MENDOZA ABELLO, a partir del momento en que acredite la desafiliación del sistema, cuyo monto se deberá calcular conforme las directrices impartidas en la parte motiva de esta sentencia.**

Se aclara que el derecho pensional se hará exigible desde la fecha en que Colpensiones reciba todos dineros por parte de la AFP Porvenir, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia."

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GUTIÉRREZ

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 MONICA PIESCHACON COVALEDA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
AFP PORVENIR S.A. Y AFP OLD MUTUAL S.A. Rad. 2018 – 00329 Juz. 21**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto 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

MONICA PIESCHACON COVALEDA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A 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.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 y 3. Nació el 26 de febrero de 1965. Comenzó a cotizar al ISS desde marzo de 1990. En el mes de marzo de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Horizonte hoy Porvenir dentro del cual se trasladó a Old Mutual. Los asesores de Horizonte hoy Porvenir, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual

para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado se ordenó integrar al proceso a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías como Litis Consorcio Necesario. Las demandadas contestaron de la siguiente forma:

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en términos del escrito visible en fls. 76 a 98. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; la afiliación a esa entidad y las peticiones elevadas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en términos del escrito visible en fls. 120 a 143. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y la del traslado de régimen.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad y buena fe.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 156 a 169. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, de afiliación al ISS y la del traslado de régimen, las afiliaciones dentro del RAIS, las reclamaciones elevadas y sus respuestas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 187 a 192. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, de afiliación al ISS y la del traslado de régimen, las afiliaciones dentro del RAIS, las reclamaciones elevadas y sus respuestas.

- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

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 al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y las posteriores afiliaciones que hizo en el RAIS y ordenó a estas AFP devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y gastos de administración. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es, ilustrando suficientemente a la afiliada sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque no se demostró que se presentaron vicios del consentimiento para el momento del traslado de régimen y por el contrario lo hizo de manera libre y voluntaria suscribiendo los formularios que exige la ley, además no tenía cercana la posibilidad de pensionarse para el momento de traslado y no era beneficiaria del régimen de transición, por lo tanto no se le puede aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente a la inversión de la carga de la prueba para demostrar los vicios del consentimiento. La demandante ratificó el deseo de permanecer en el RAIS al trasladarse a otras AFP, además se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen, así como tampoco cumple con la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a los requisitos para regresar al régimen de prima media y que se debe tener en cuenta que la ineficacia del traslado puede llegar a afectar la sostenibilidad del régimen de prima media.

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque concederle el traslado a la demandante puede generar la desfinanciación del régimen de prima media porque todo desembocara en un

reconocimiento pensional a personas que no contribuyeron con el régimen. Agrega que no tiene fundamento la orden que se imparte en relación a la devolución de los gastos de administración, ya que la demandante se benefició de ellos y durante su permanencia en el régimen se le garantizó el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

El apoderado de **Colfondos** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque la demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria cumpliendo los requisitos que exige la ley, suscribiendo los formularios que exige la ley y no se demostró la presencia de algún vicio del consentimiento.

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

Parte demandante: Esta parte se abstuvo de presentar alegatos.

Parte demandada

Colpensiones: Además de reiterar los fundamentos de la apelación indica que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez sumado a que la demandante no aprovecho las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media, además era deber de la demandante conocer las implicaciones del traslado de régimen.

Old Mutual: Indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, porque la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria suscribiendo el formulario de afiliación que la ley exigía para aquel entonces, sumado a que la actora guardo silencio durante muchos años y solo manifestó su inconformidad con el RAIS cuando se acercaba la edad adquirir la pensión.

Porvenir: Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria y que conforme el acervo probatorio no se puede extraer que no cumplió con su deber de asesoría y que todo descuento que hizo sobre los aportes de la demandante se hizo por disposición legal.

Colfondos: Además de reiterar los fundamentos de la apelación, solicita que se absuelva a esa entidad de todas las pretensiones ya no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria y conforme las disposiciones legales vigentes.

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 del traslado de régimen y la orden de devolución de los gastos de administración impuesta en contra de Porvenir.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 28, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 27 de abril de 2018, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, 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 afiliada a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 27 de marzo de 1996, cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fl. 34), régimen dentro del cual se trasladó el 31 de julio del 2000 a Colfondos (fl. 144), 22 de noviembre de 2001 a BBVA Horizonte hoy Porvenir (fl. 33) y el 20 de mayo de 2015 a Old Mutual al cual se encuentra actualmente vinculada (fl. 38).

Validez del traslado de régimen

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

Al punto, aparece que si bien la actora el día 27 de marzo de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fl. 34), 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; 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 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 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se 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

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”

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 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 hacia 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, como erróneamente lo alegan los apoderados de Colpensiones y Colfondos.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró al demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró 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,

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”

aun cuando le faltaban más de 21 años para alcanzar la edad de pensión. Obligación que no se diluye por el hecho de que no efectuó las gestiones necesarias para trasladarse de régimen conforme las sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, pues en todo caso esta acción le garantiza la recuperación del régimen de transición sin ningún miramiento adicional.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por la apoderada de Colpensiones, no se subsanan por el hecho de que previo a faltarle menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, la demandante no buscó su traslado, pues esta circunstancia no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él o porque la actora ya estando dentro de régimen de ahorro individual, decidiera cambiar en varias oportunidades de AFP, pues nótese que todo es fruto de una decisión viciada de nulidad y porque en ningún momento las acciones posteriores de una tercera entidad legitima las acciones de Protección.

Tampoco es valedero el argumento de la apoderada de Colpensiones según el cual, como para el momento en que se trasladó de régimen le faltaban muchos años para alcanzar su pensión y no era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no se le estaba vulnerando ningún derecho, pues la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones. Este aspecto igualmente ha sido ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴.

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).

Igualmente resulta desacertada la afirmación de las apoderadas de Colpensiones y Porvenir; de que la ineficacia del traslado y el posterior regreso de la demandante a régimen de prima media, va generar una descapitalización o afectar la sostenibilidad del régimen, lo cual además de demostrar un total desconocimiento del régimen de prima media ignora que estos afiliados regresan al Colpensiones con la totalidad de aportes y los rendimientos generados en el RAIS, lo que contribuye con la financiación no solo de sus pensiones si no la de los demás afiliados al régimen de prima media y aunque eventualmente tendrá que reconocer las pensiones y/o prestaciones a que tengan derecho estos afiliados, su entrega no se hace en un solo pago sino de forma periódica y gradual, lo cual garantiza el sostenimiento del sistema piramidal de este régimen.

Así las cosas es evidente para esta Sala que a la actora 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.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración, impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar que tales condenas son consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual deberá transferir a Colpensiones todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración, sin que resulte valedero el argumento de que el mismo se origina en una disposición legal y que en caso de haber permanecido la demandante en el ISS hoy Colpensiones también esa entidad le hubiera efectuado ese descuento, pues por el contrario el hecho de no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo.

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

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes AFP Porvenir S.A, AFP Colfondos S.A. y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de octubre de 2019, 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 los recurrentes AFP Porvenir S.A, AFP Colfondos S.A. y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA LUCIA ACERO BENAVIDES
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2018 – 00432 Juz. 09**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto 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

OLGA LUCIA ACERO BENAVIDES demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 44 y 45.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 42 a 44. Nació el 26 de septiembre de 1967. Comenzó a cotizar al ISS desde el 29 de octubre de 1992. El día 1° de septiembre del 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Protección. Los asesores de Protección, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informaron el monto mínimo que debía

ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en términos del escrito visible en fls. 117 a 142. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y la del traslado de régimen, las peticiones que elevo y sus respuestas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 160 a 170. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; imposibilidad de declaratoria de nulidad de traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de activar de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción y compensación.

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 al régimen de ahorro individual administrado por la AFP ING hoy Protección S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Protección no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es, ilustrando suficientemente a la afiliada sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para

declarar la nulidad del traslado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de Apelación

El apoderado de **Colpensiones** interpuso recurso de para que se revoque la sentencia en cuanto a la condena en costas ya que esa entidad no intervino en el acto de traslado de régimen y en todo caso esa condena afecta la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

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

Parte demandante: Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección al momento del traslado de régimen.

Parte demandada

Colpensiones: Solicita se revoque la sentencia ya que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez y no se demostró la existencia del algún vicio en el consentimiento, sumado a que la demandante no aprovecho las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media.

Protección: Solicita se revoque la sentencia ya que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque el traslado se efectuó conforme a las disposiciones legales vigentes para ese momento, sumado a que la demandante no aprovechó las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media.

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

condena en costas proferida en contra de Colpensiones, sin que sea viable conocer en el grado jurisdiccional de consulta las demás condenas pues se circunscriben únicamente a la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, la cual solo le compete y afecta a la AFP Protección quien no manifestó alguna inconformidad frente a ese aspecto.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 26, contentiva de la respuesta a la reclamación administrativa de fecha 16 de abril de 2018, en la que solicita el traslado de régimen, 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 de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 1º de septiembre de 1997, cuando solicitó su vinculación a la AFP ING hoy Protección (fls. 82).

Condena en Costas a Colpensiones

Frente a la censura de la condena impuesta por concepto de costas, es de indicar que si bien solo la AFP Protección tuvo injerencia en el traslado de régimen que se efectuó, las costas impuestas son una consecuencia de la oposición a las pretensiones que hizo Colpensiones, por lo tanto resulta correcta y proporcional esa condena.

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

COSTAS

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

DECISIÓN

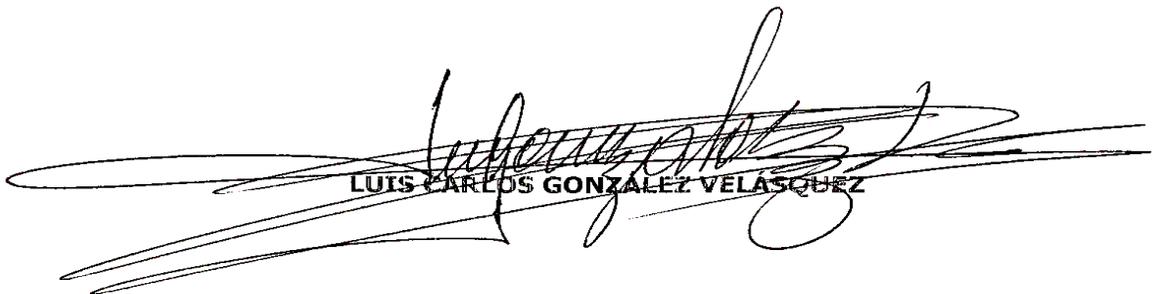
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSE DEL CARMEN BERNAL RAMIREZ
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2018 – 00507 Juz. 07**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto 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

JOSE DEL CARMEN BERNAL RAMIREZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 4.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 y 5. Nació el 25 de enero de 1956. Comenzó a cotizar al ISS desde el 5 de abril de 1979. En el mes de junio de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Porvenir. Los asesores de Porvenir, por medio de engaños lo persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. En año 2018 Porvenir le informó que el valor de la mesada pensional sería de \$771.242 muy

inferior a la que obtendría si estuviera afiliado al régimen de prima media. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 92 a 100. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y de la afiliación al ISS, la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada y procedencia del pago de costas de instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 110 a 117. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y respuesta a la petición que elevo.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

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 al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para

declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Colpensiones** interpuso recurso de para que se revoque la sentencia; porque el traslado de régimen fue valido pues para la época en que se efectuó, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen y que no se le puede imputar a los fondos privados toda la carga probatoria frente a la asesoría y que en todo caso actuaron de buena fe y por el contrario se ignoró que el mismo demandante en el interrogatorio de parte confesó que el asesor le informó sobre las características del RAIS las cuales en todo caso están en la ley y que la ignorancia de la ley no puede servir de excusa. Agrega que no se demostró que se presentaron los vicios del consentimiento y que la jurisprudencia que se cita corresponde a una situación totalmente distinta a la del aquí demandante, pues no tenía cercana la posibilidad de pensionarse para el momento de traslado, ni era beneficiario del régimen de transición y por lo tanto no se le puede aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente a la inversión de la carga de la prueba para demostrar los vicios del consentimiento, ni invertir esa carga probatoria de forma automática como lo hizo la juez y que se debe tener en cuenta que la ineficacia del traslado puede llegar a afectar la sostenibilidad del régimen de prima media y que en todo caso el demandante nunca ha estado desamparado para lo riesgos de invalidez, vejez y muerte, ante lo cual se debe revocar la condena en costas ya que por disposición de la Constitución Política no se puede destinar los dineros públicos para estos fines.

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el demandante en el interrogatorio de parte confesó que el asesor le informó sobre las características del RAIS y que conocía de algunas características del régimen de prima media. Agrega que concederle el traslado al demandante puede generar la desfinanciación del régimen de prima media porque todo desembocará en un reconocimiento pensional a personas que no contribuyeron con el régimen. Y que se debe tener en cuenta que para la época en que se efectuó el traslado, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen.

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

Parte demandante: Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir al momento del traslado de régimen.

Parte demandada

Colpensiones: Además de reiterar los fundamentos de la apelación índica que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez sumado a que la demandante no aprovecho las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media, además era deber de la demandante conocer las implicaciones del traslado de régimen.

La otra demandada AFP Porvenir se abstuvo de presentar alegatos.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 31, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 3 de abril de 2018, en la que solicita el traslado de régimen, 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 del actor

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó

desde el 9 de junio del 1994 cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir (fl. 21) régimen dentro del cual se trasladó el 17 de marzo de 2000 a Horizonte hoy Porvenir a la cual se encuentra actualmente vinculado (fls. 22).

Validez del traslado de régimen

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

Al punto, aparece que si bien el actor el día 9 de junio del 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 21), 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; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante.

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)

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, 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 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se 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 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 hacia 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

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.

es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como erróneamente lo alega la apoderada de Colpensiones.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró al actor una información general donde explicaban los beneficios del régimen, lo cual es ratificado por el demandante en el interrogatorio de parte, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró 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, aun cuando le faltaban más de 24 años para alcanzar la edad de pensión.

Tampoco es valedero el argumento de la apoderada de Colpensiones según el cual, como para el momento en que se trasladó de régimen le faltaban muchos años para alcanzar su pensión y no era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no se le estaba vulnerando ningún derecho, pues la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones. Este aspecto igualmente ha sido ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴.

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 de

Igualmente resulta desacertada la afirmación de la apoderada de Colpensiones al manifestar que al estar consagradas las características de los dos regímenes pensionales en la ley, no era necesario que el fondo de pensiones le explicara al demandante las implicaciones de trasladarse de régimen, pues se reitera, la exigencia de que la AFP suministre a sus afiliados una información completa y comprensible, fue inicialmente de desarrollo jurisprudencial, por la evidente complejidad del tema, a pesar del contenido de la Ley 100 de 1993 y porque en la actualidad es indudable que para que una persona pueda ser beneficiaria de las ventajas que ofrece ese régimen debe tener en la cuenta individual un saldo sumamente alto que nunca se alcanzara con los aportes regulares que hace un trabajador en su vida laboral.

Del mismo modo aparece desatinada la manifestación de las apoderadas de entidades demandadas al indicar que la ineficacia del traslado y el posterior regreso del demandante a régimen de prima media va generar una descapitalización del régimen, lo cual además de demostrar un total desconocimiento del régimen de prima media ignora que estos afiliados regresan al Colpensiones con la totalidad de aportes y los rendimientos generados en el RAIS, lo que contribuye con la financiación no solo de sus pensiones si no la de los demás afiliados al régimen de prima media y aunque eventualmente tendrá que reconocer las pensiones y/o prestaciones a que tengan derecho estos afiliados, su entrega no se hace en un solo pago sino de forma periódica y gradual, lo cual garantiza el sostenimiento del sistema piramidal de este régimen.

Así las cosas, es evidente para esta 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.

Condena en Costas a Colpensiones

Frente a la censura de la condena impuesta por concepto de costas, es de indicar que si bien solo la AFP Porvenir tuvo injerencia en el traslado de régimen que se efectuó,

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).

las costas impuestas son una consecuencia de la oposición a las pretensiones que hizo Colpensiones, por lo tanto resulta correcta y proporcional esa condena.

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

COSTAS

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

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

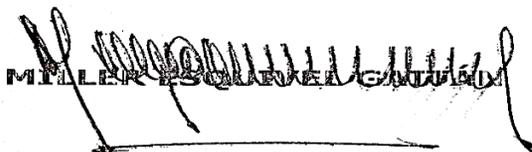
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de septiembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes AFP Porvenir y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RAUL MORENO RIVERA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A Y AFP OLD MUTUAL S.A. Rad. 2018 – 00508 Juz. 04

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto 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

RAUL MORENO RIVERA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 y 7.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Pensión de vejez a cargo de Colpensiones.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 7 a 10. Nació el 15 de febrero de 1957. Comenzó a cotizar al ISS desde el 31 de julio de 1976. Es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. El 21 de septiembre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en Porvenir, dentro del cual se trasladó a Old Mutual. El asesor de Porvenir, por medio de engaños lo persuadió para que se afiliara, sin aclarar las

implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informó el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Cuarto 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. 84 a 91. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y de la afiliación al ISS, el número de semanas cotizadas y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado, ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción y compensación.

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

en términos del escrito visible en fls. 90 a 125. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y la reclamación elevada ante esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PORVENIR S.A. en términos del escrito visible en fls. 185 a 194. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y del traslado de régimen y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

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 al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir y la posterior afiliación dentro del régimen a AFP Old Mutual y ordeno a esta última a devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos. Condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que se retire del sistema general de pensiones y la cual se deberá pagar debidamente indexada. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades, esto es; ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, pues se limitó a allegar copia del formulario de afiliación, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Frente a la pensión consideró que el demandante cumplió los 62 años de edad en el año 2019 y ha cotizado más de 1.300 con lo cual cumple los requisitos establecido en la Ley 797 de 2003, no obstante debido que aun labora y no se ha retirado del sistema general de pensiones su disfrute se dará a partir de la fecha de desafiliación.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque se debe tener en cuenta que para la época en que se efectuó el traslado, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen, no se demostró ningún vicio en el consentimiento y en todo caso suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria y como acto de ratificación decidió cambiarse a la AFP Old Mutual.

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

Parte demandante: Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir al momento del traslado de régimen.

Parte demandada

Colpensiones: Solicita se revoque la sentencia ya que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez y no se demostró la existencia

del algún vicio en el consentimiento, sumado a que el demandante no aprovecho las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media.

Old Mutual: Indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, porque el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria suscribiendo el formulario de afiliación que la ley exigía para aquel entonces, sumado a que el actor guardo silencio durante muchos años y solo manifestó su inconformidad con el RAIS cuando se acercaba la edad adquirir la pensión.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad del traslado de régimen. Igualmente La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso parcialmente para la demandada Colpensiones, frente a las condenas que por concepto de pensión de vejez se le impusieron.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 22 y 23, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 3 de abril de 2018, en la que solicitó la nulidad del traslado de régimen y el reconocimiento de la pensión de vejez, 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 del actor

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 21 de mayo de 1996 cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fl. 47), régimen dentro del cual se trasladó el 30 de agosto de 1999 a Porvenir (fl. 197) y el 06 de junio de 2006 a Skandia hoy Old Mutual vinculación que actualmente mantiene (fl. 31).

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen, 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 Horizonte hoy Porvenir no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien el actor el día 21 de mayo de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fl. 47), 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; 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 del demandante.

Y 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 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue 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 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 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 hacia 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 como erróneamente lo alega la apoderada de Porvenir.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró al demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró 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

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”

actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 23 años para alcanzar la edad de pensión.

Estas insuficiencias no se subsanan por el hecho de que el actor, ya estando dentro de régimen de ahorro individual, decidiera cambiar en varias oportunidades de AFP, pues nótese que todo es fruto de una decisión viciada de nulidad y porque en ningún momento las acciones posteriores de una tercera entidad legitima las acciones de AFP Horizonte hoy Porvenir.

Igualmente resulta desacertada la afirmación de la apoderada de Porvenir cuando manifestó que al estar consagradas las características de los dos regímenes pensionales en la ley, no era necesario que el fondo de pensiones le explicara al demandante las implicaciones de trasladarse de régimen, pues se reitera, la exigencia de que la AFP suministre a sus afiliados una información completa y comprensible, fue inicialmente de desarrollo jurisprudencial, por la evidente complejidad del tema, a pesar del contenido de la Ley 100 de 1993 y porque en la actualidad es indudable que para que una persona pueda ser beneficiaria de las ventajas que ofrece ese régimen debe tener en la cuenta individual un saldo sumamente alto que nunca se alcanzara con los aportes regulares que hace un trabajador en su vida laboral.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que al demandante 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 conllevara a confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

Tiempo de cotizaciones y reconocimiento de la pensión

No se controvierte en esta instancia que el demandante cotizó en toda su vida laboral hasta el momento de presentación de la demanda 1.885 semanas (fl. 41), contabilizando las que hizo por efecto del traslado de régimen en Horizonte hoy Porvenir, Porvenir y Old Mutual (1.022 semanas RAIS + 862 ISS), igualmente se debe aclarar que el derecho pensional del demandante se debe estudiar bajo la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 1993, ya que por haber nacido el 15 de febrero de 1957 (fl. 127) no es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 pues para su entrada en vigencia tan solo contaba con 37 años de edad y del mismo modo tampoco había cotizado 750 semanas para esa data (fl. 41), con lo que se concluye que cumple con los requisitos establecidos

en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003⁴, como bien lo estableció la Juez A quo y conllevara a confirmar la sentencia frente a este aspecto.

Disfrute de la pensión

Frente al disfrute de la pensión es importante tener en cuenta el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990⁵, el cual indica que solo se puede disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio y como consecuencia del régimen general de pensiones. Conforme a las documentales obrantes a folios 43 y 173, se verifica que el demandante para la fecha de presentación de la demanda continuaba cotizando, ante lo cual solo procede el reconocimiento de la pensión a partir de la fecha en que acredite la desafiliación del sistema. No obstante, se debe aclarar que como Colpensiones a la fecha no ha recibido los valores de la cuenta de ahorro individual que poseía el demandante en el fondo privado, la obligación del reconocimiento pensional por esta entidad surgirá solo cuando se acredite el traslado de dichos fondos por parte de la AFP Old Mutual, lo que implica modificar la sentencia en este aspecto.

Liquidación de la pensión

Frente a la forma de liquidar la pensión es pertinente recordar que se deberá calcular conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993⁶, el cual señala que el IBL se debe liquidar teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo laborado, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas o más, requisitos que cumple el actor pues cotizo **1.885** semanas en toda su vida laboral y el frente a la tasa de reemplazo a aplicar encuentra la Sala que se debe calcular conforme el artículo 34 de la Ley 100 de 1993⁷, parámetros que deberá tener

⁴ ARTÍCULO 9. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y **siete (57) años de edad para la mujer**, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a **1.300 semanas en el año 2015**.

⁵ **ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.** *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.*" (Subrayado fuera del texto)

⁶ "ARTÍCULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo"

⁷ **Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez.** El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las

en cuenta Colpensiones para el momento en que liquide la pensión al demandante, ya que no es posible liquidar la pensión en este momento debido a que el actor aun continua cotizando.

Indexación

En el evento de que las mesadas causadas no se paguen oportunamente, se deberán pagar de manera indexada. Para el efecto se deberá tener en cuenta la fecha de causación que en su momento se determine y aquella en que efectivamente se produzca el pago.

Excepción de Prescripción frente a las mesadas pensionales

Como quiera que se está ordenando el reconocimiento de la pensión a partir de que el actor acredite la desafiliación al sistema, es evidente que no ha transcurrido el término trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. y no estaría prescrita ninguna mesada.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de modificarse la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

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

1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1° de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal cuarto (4º) de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 9 de agosto de 2019, el cual quedara así: "**CUARTO.- CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de RAUL MORENO RIVERA, a partir del momento en que acredite la desafiliación del sistema, cuyo monto se deberá calcular conforme las directrices impartidas en la parte motiva de esta sentencia.**

Se aclara que el derecho pensional se hará exigible desde la fecha en que Colpensiones reciba todos dineros por parte de la AFP Old Mutual, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia. En el evento de que las mesadas causadas no se paguen oportunamente, se deberán pagar de manera indexada. Para el efecto se deberá tener en cuenta la fecha de causación que en su momento se determine y aquella en que efectivamente se produzca el pago".

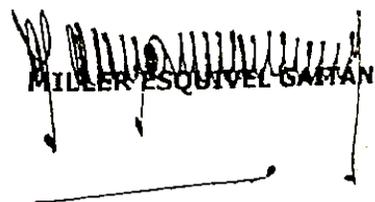
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Porvenir. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) 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 SANDRA ROCIO GARCIA ROJAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2018 – 00575 Juz. 29

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto 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

SANDRA ROCIO GARCÍA ROJAS demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 71 y 223 a 224.

- Nulidad o Ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 71 a 74 y 224 a 229. Nació el 16 de marzo de 1967. Comenzó a cotizar al ISS desde 1985. El 31 de mayo de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Protección dentro del cual se trasladó a Horizonte hoy Porvenir. Los asesores de Protección, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. En el año 2017 Porvenir le informó que el valor de la

mesada pensional sería de \$737.717 muy inferior a la que obtendría si estuviera afiliado al régimen de prima media que según la misma entidad correspondería a \$2.574.000. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado se ordenó integrar al proceso a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. como Litis Consorcio Necesario. Las demandadas contestaron de la siguiente forma:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 42 a 50 y 292 a 296. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la de afiliación al ISS y las reclamaciones elevadas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en términos del escrito visible en fls. 127 a 136 y 264 a 275. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento de la demandante y la del traslado de régimen .
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 162 a 168 y 256 a 263. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento de la demandante y la de la afiliación a esa entidad, la fusión de Horizonte y las peticiones que elevo.

- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar válidamente afiliada a la demandante al régimen de prima media administrado por Colpensiones y como consecuencia ordenó a la AFP Porvenir devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y gastos de administración, del mismo modo condenó a Protección a devolver los gastos de administración. Llegó a tal decisión luego de establecer que además de que AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente a la afiliada sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, adicionalmente se encontró que la demandante después del traslado de régimen inicial regreso en el año de 1997 a Colpensiones pero sin haber superado el periodo de permanencia mínima se volvió a trasladar a Horizonte hoy Porvenir por lo tanto tal afiliación no es válida.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia en cuanto a la devolución de los gastos de administración, ya que se hicieron por disposición legal y la demandante se benefició de ellos y durante su permanencia en el régimen se le garantizó el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte y efectuaron pagos tendientes a garantizar el seguro previsional los cuales están en poder de la aseguradora la cual no fue vinculada al proceso.

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

Parte demandante: Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el

incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir al momento del traslado de régimen.

Parte demandada

Colpensiones: Indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se trasladó de manera libre y voluntaria y no aprovechó las oportunidades legales para regresar al régimen de prima media, además de que no cumple con los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para trasladarse en cualquier momento de régimen.

Protección: Solicita se revoque la sentencia ya que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque el traslado se efectuó conforme a las disposiciones legales vigentes para ese momento, sumado a que la demandante no aprovechó las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media.

La otra demandada AFP Porvenir se abstuvo de presentar alegatos.

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 orden impartida a Porvenir de devolver los gastos de administración, sin que sea viable conocer en el grado jurisdiccional de consulta las demás condenas pues se circunscriben únicamente a la invalidez o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, la cual solo le compete y afecta a la AFP Porvenir quien no manifestó alguna inconformidad frente a ese aspecto.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 19, contentiva de la respuesta a la reclamación administrativa de fecha 12 de diciembre de 2017, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, 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 de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad, ante lo cual se debe aclarar que si bien la demandante efectuó su primer traslado de régimen el 31 de mayo de 1994 con destino a la AFP Protección (fl. 137) regresó al régimen de prima media en ese entonces administrado por el ISS el 5 de septiembre de 1997 (fl. 11), entidad de la cual volvió a emigrar el 24 de octubre del 1997, cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir al cual se encuentra actualmente vinculada (fl. 54).

Validez del ultimo traslado de régimen y procedibilidad de la orden de devolución de gastos de administración impartida en contra de Porvenir

Tampoco se discute que el traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP Horizonte hoy Porvenir, el 24 de octubre de 1997 (fl. 54) resulta ineficaz porque además de que esa entidad no demostró que suministró la información suficiente a la demandante para comprender las implicaciones de esa decisión, tampoco resulta valido, debido a que se efectuó antes del término mínimo de permanencia en el régimen establecido en el literal e) del artículo 13 la Ley 100 de 1993¹. Por lo tanto, frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración, impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar que tales condenas son consecuencia necesaria de la ineficacia e invalidez del acto de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual deberá transferir a Colpensiones todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración independientemente de la destinación que le hubiera dado a los mismos, sin que resulte valedero el argumento de que el mismo se origina en una disposición legal y que en caso de haber permanecido la demandante en el ISS hoy Colpensiones también esa entidad le hubiera efectuado ese descuento, pues por el contrario el hecho de no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo.

¹ Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.

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

COSTAS

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

DECISIÓN

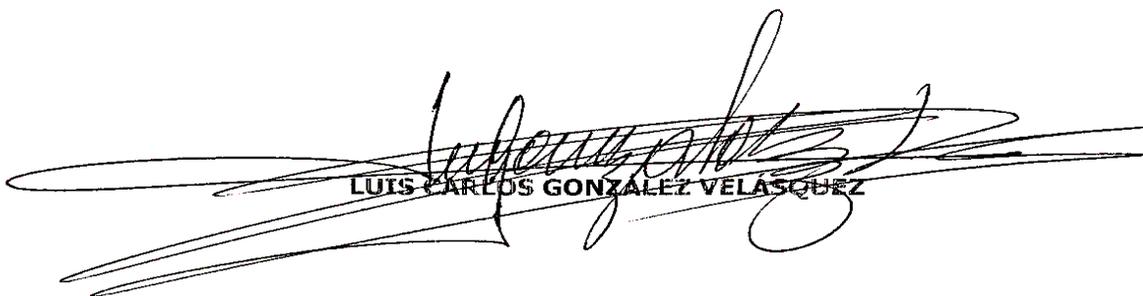
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GANTIVA

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 MARIA DEL PILAR BURBANO ORTIZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A, AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP OLD MUTUAL S.A. Rad. 2018 – 00668 Juz. 18

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto 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

MARIA DEL PILAR BURBANO ORTIZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 a 7.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 7 a 16. Nació el 3 de julio de 1965. Comenzó a cotizar al ISS desde el 19 de marzo de 1991. El 6 de julio de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en Protección, dentro del cual se trasladó a Pensionar hoy Old Mutual y a Porvenir. El asesor de Protección, por medio de engaños la persuadió para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informó el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta

de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Porvenir le informó que el valor de la mesada pensional sería de \$1.985.600 muy inferior a la que obtendría si estuviera afiliado al régimen de prima media que correspondería a \$4.489.500. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 173 a 185. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y de la afiliación al ISS y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

en términos del escrito visible en fls. 214 a 247. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, las peticiones elevadas ante esa entidad y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación, pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 256 a 270. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, las peticiones elevadas y su respuesta.

- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de la obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en términos del escrito visible en fls. 281 a 311. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y del traslado de régimen, las peticiones elevadas ante esa entidad y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes, inexistencia de la obligación de devolver el seguros provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP´s convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen.

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 al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Protección S.A. y las posteriores afiliaciones dentro del régimen y ordenó AFP Porvenir devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y gastos de administración. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Protección no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades, esto es; ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, pues se limitó a allegar copia del formulario de afiliación, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sin importar que no sea beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el traslado de régimen fue valido pues para la época en que se efectuó, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen y que no se le puede imputar a Porvenir toda la carga probatoria frente a la

asesoría y por el contrario se ignoró que la misma demandante en el interrogatorio de parte confeso que no tenía ninguna queja o inconformidad con esa AFP y además se trasladó en varias oportunidades de AFP, lo cual demuestra que tenía conocimiento del RAIS. No resulta proporcional la orden de devolver los gastos de administración porque se hacen por disposición legal y se estaría lucrando la demandante sin justificación, sumado a que si el resultado de declarar la ineficacia es que todo vuelva a su estado original y se retrotraigan las cosas como si la afiliación no hubiese existido, por principio de equivalencia se debería ordenar la devolución por parte de la demandante de los rendimientos que obtuvo en el régimen de ahorro individual y que no hubiera obtenido en el régimen de prima media.

La apoderada de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia porque se debe tener en cuenta que la ineficacia del traslado puede llegar a afectar la sostenibilidad del régimen de prima media.

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

Parte demandante: Solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección al momento del traslado de régimen y que por tanto no resultan de recibo los argumentos expuestos por Porvenir en el recurso de apelación.

Parte demandada

Colpensiones: Solicita se revoque la sentencia ya que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez y no se demostró la existencia del algún vicio en el consentimiento, sumado a que la demandante no cumplió con los deberes del consumidor financiero y por tanto debió informarse frente a su decisión.

Protección: Solicita se revoque la sentencia ya que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque el traslado se efectuó conforme a las disposiciones legales vigentes para ese momento, sumado a que la demandante no aprovechó las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media.

Old Mutual: Solicita que se absuelva a esa entidad de todas la pretensiones porque no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen de la actora y en todo caso se debe tener en cuenta que los dineros que pudo haber cobrado por la administración de los aportes de la demandante se hizo por disposición legal.

La otra demandada AFP Porvenir se abstuvo de presentar alegatos.

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 del traslado de régimen y la orden de devolución de los gastos de administración impuesta en contra de Porvenir.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 97 a 99, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 30 de mayo de 2018, en la que solicitó la nulidad del traslado de régimen, 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 de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 06 de julio de 1994 cuando solicitó su vinculación a la AFP Protección (fl. 323), régimen dentro del cual se trasladó el 8 de agosto del 1996 a Pensionar hoy Old Mutual (fl. 249) y finalmente el 02 de diciembre de 1999 a Porvenir vinculación que actualmente mantiene (fl. 272).

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen, 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 Protección no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 06 de julio de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Protección (fl. 323), 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.**

administradoras de fondos de pensiones; 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.

Y 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 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se 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 el

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”

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 hacia 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 Protección, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró a la demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, lo cual es ratificado por la demandante en el interrogatorio de parte, Protección no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 28 años para alcanzar la edad de pensión.

Estas insuficiencias no se subsanan por el hecho de que la actora ya estando dentro de régimen de ahorro individual, decidiera cambiar en varias oportunidades de AFP, pues nótese que todo es fruto de una decisión viciada de nulidad y porque en ningún momento las acciones posteriores de una tercera entidad legitima las acciones de Protección.

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”

Del mismo modo aparece desatinada la manifestación de la apoderada de Colpensiones al indicar que la ineficacia del traslado y el posterior regreso de la demandante a régimen de prima media va generar una descapitalización del régimen, lo cual además de demostrar un total desconocimiento del régimen de prima media ignora que estos afiliados regresan al Colpensiones con la totalidad de aportes y los rendimientos generados en el RAIS, lo que contribuye con la financiación no solo de sus pensiones si no la de los demás afiliados al régimen de prima media y aunque eventualmente tendrá que reconocer las pensiones y/o prestaciones a que tengan derecho estos afiliados, su entrega no se hace en un solo pago sino de forma periódica y gradual, lo cual garantiza el sostenimiento del sistema piramidal de este régimen.

Así las cosas es evidente para esta Sala que a la actora 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.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración, impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar que tales condenas son consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual deberá transferir a Colpensiones todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración, sin que resulte valedero el argumento de que el mismo se origina en una disposición legal y que en caso de haber permanecido la demandante en el ISS hoy Colpensiones también esa entidad le hubiera efectuado ese descuento, pues por el contrario el hecho de no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo.

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

COSTAS

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

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 Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de octubre de 2019, 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 AFP Porvenir y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una.

CÓPIESE, 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 JULIO ROBERTO GOMEZ DIAZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2018 – 00702 Juz. 20

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto 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

JULIO ROBERTO GOMEZ DIAZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 y 5.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 y 4. Nació el 11 de diciembre de 1954. Comenzó a cotizar al ISS desde el 23 de marzo de 1977. El 1º de agosto de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Porvenir, dentro del cual se trasladó a Protección. Los asesores de Porvenir, por medio de engaños lo persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. En el año 2017 Protección le informó que el valor de mesada pensional sería

de \$1.511.759 muy inferior a la que obtendría si estuviera afiliado al régimen de prima media. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

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 DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en términos del escrito visible en fls. 81 a 92. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento del demandante, la de afiliación al ISS, el número de semanas cotizadas y las peticiones que elevo.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 124 a 134 A. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento del demandante, el monto de la pensión que le fue informado por Protección, las peticiones que elevo y sus respuestas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 161 a 168. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y las peticiones que elevo.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

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 al régimen de ahorro individual

administrado por la AFP Porvenir S.A. y las posteriores afiliaciones que hizo en el RAIS y ordenó a la AFP Protección S.A. devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y bonos pensionales. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de Apelación

El apoderado de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el traslado de régimen fue válido pues para la época en que se efectuó, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen y que no se le puede imputar a Porvenir toda la carga probatoria frente a la asesoría. Agrega que no se demostró que se presentaron los vicios del consentimiento y que el demandante tuvo la oportunidad de solicitar el traslado de régimen dentro de los distintos plazos establecido en la ley y no lo hizo.

La apoderada de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen, así como tampoco cumple con la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a los requisitos para regresar al régimen de prima media y que se debe tener en cuenta que la ineficacia del traslado puede llegar a afectar la sostenibilidad del régimen de prima media.

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

Parte demandante: Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir al momento del traslado de régimen.

Parte demandada

Colpensiones: : Solicita se revoque la sentencia ya que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez y no se demostró la existencia del algún vicio en el consentimiento, sumado a que el demandante no aprovechó las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media.

Porvenir: Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria y que conforme el acervo probatorio no se puede extraer que no cumplió con su deber de asesoría y que todo descuento que hizo sobre los aportes del demandante se hizo por disposición legal.

La otra demandada AFP Protección se abstuvo de presentar alegatos.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 51, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 22 de febrero de 2018, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, 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 del actor

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 17 de junio del 1998, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir (fl. 171), régimen dentro del cual se trasladó el 15 de marzo de 2000 a Horizonte hoy Porvenir (fls. 172), y finalmente el 27 de abril de 2009 ING hoy Protección a la cual se encuentra actualmente vinculado (fls. 101).

Validez del traslado de régimen

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

individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP Porvenir, no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al respecto, si bien el actor el día 17 de junio del 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fls. 171), 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 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.

Y 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 fechada el 9 de septiembre de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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 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 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, como erróneamente lo alega el apoderado de Porvenir.

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

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación y si bien la demandada AFP Porvenir, al contestar la demanda manifestó que previo al traslado, le suministro al demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, la entidad no demostró ni aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición suministró 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 18 años para alcanzar la edad de pensión. Obligación que no se diluye por el hecho de que no efectuó las gestiones necesarias para trasladarse de régimen conforme las sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, pues en todo caso esta acción le garantiza la recuperación del régimen de transición sin ningún miramiento adicional.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por el apoderado de Porvenir, no se subsanan por el hecho de que previo a faltarle menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, el demandante no efectuó ninguna gestión para buscar su traslado, pues esta circunstancia no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él.

Igualmente resulta desacertada la afirmación de la apoderada de Colpensiones; de que la ineficacia del traslado y el posterior regreso del demandante a régimen de prima media, va generar una descapitalización o afectar la sostenibilidad del régimen, porque además de demostrar un total desconocimiento del régimen de prima media, ignora que estos afiliados regresan al Colpensiones con la totalidad de aportes y los rendimientos generados en el RAIS, lo que contribuye con la financiación, no solo de sus pensiones si no la de los demás afiliados al régimen de prima media y aunque eventualmente tendrá que reconocer las pensiones y/o prestaciones a que tengan derecho estos afiliados, su pago se hace en forma periódica y gradual, lo cual garantiza el sostenimiento del sistema piramidal de este régimen.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de

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"

pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

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

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes AFP Porvenir S.A y Colpensiones Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una.

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

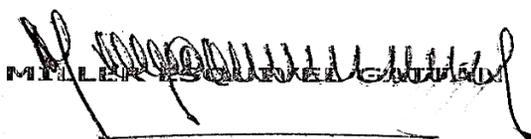
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de septiembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes AFP Porvenir S.A y Colpensiones Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESCOBAR

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 ALBERTO VALENCIA ESCOBAR
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2018 – 00720 Juz. 20**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto 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

CARLOS ALBERTO VALENCIA ESCOBAR demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 y 6.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 4. Nació el 8 de mayo de 1957. Comenzó a cotizar al ISS desde el 1º de abril de 1994 aunque venía laborando Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca desde el 27 de abril de 1981. El día 31 de mayo del 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Colmena hoy Protección. Los asesores de Colmena, por medio de engaños lo persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. En mayo de 2018 Protección le informó que el valor de la mesada pensional sería de \$1.662.498 muy inferior a la que obtendría

si estuviera afiliado al régimen de prima media que según sus cálculos correspondería a \$5.323.217. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

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 a fls. 76 a 88. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento del demandante, la de afiliación al ISS y la del traslado al RAIS, el tiempo de servicios prestados, que en la actualidad se encuentra afiliado a Protección, las reclamaciones elevadas y sus respuestas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en términos del escrito visible en fls. 121 a 137. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento del demandante, la del traslado al RAIS y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

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 al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y bonos pensionales. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Protección no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen, así como tampoco cumple con la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a los requisitos para regresar al régimen de prima media y que se debe tener en cuenta que la ineficacia del traslado puede llegar a afectar la sostenibilidad del régimen de prima media, así como también no procede la condena por concepto de costas.

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

Parte demandante: Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección al momento del traslado de régimen.

Parte demandada

Colpensiones: Además de reiterar los fundamentos de la apelación indica que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez sumado a que el demandante no aprovechó las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media, además era su deber conocer las implicaciones del traslado de régimen.

Protección: Indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, porque el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, sumado a que el demandante no aprovechó las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media y en todo caso se debe tener en cuenta que esa entidad siempre actuó de buena fe y conforme los lineamientos legales vigentes.

CONSIDERACIONES

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

de ineficacia del traslado de régimen y de la condena en costas impuesta en contra de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 56 y 57, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 2 de agosto de 2018, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, 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 del actor

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 31 de mayo de 1995, cuando solicitó su vinculación a la AFP Colmena hoy Protección (fls. 33).

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien el actor el día 31 de mayo de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colmena hoy Protección (fls. 33), 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;*

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la parte actora; 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.

Y 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 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.

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 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 el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó

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”

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 Colmena hoy Protección, ya que se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación y si bien la demandada AFP Protección, al contestar la demanda manifestó que previo al traslado, le suministro al demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, la entidad no demostró ni aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición suministró 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 actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 18 años para alcanzar la edad de pensión. Obligación que no se diluye por el hecho de que no efectuó las gestiones necesarias para trasladarse de régimen conforme las sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, pues

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”

en todo caso esta acción le garantiza la recuperación del régimen de transición sin ningún miramiento adicional.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por la apoderada de Colpensiones, no se subsanan por el hecho de que previo a faltarle menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, el demandante no efectuó ninguna gestión para buscar su traslado, pues esta circunstancia no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él.

Igualmente resulta desacertada la afirmación de la apoderada de Colpensiones; de que la ineficacia del traslado y el posterior regreso de la demandante a régimen de prima media, va generar una descapitalización o afectar la sostenibilidad del régimen, porque además de demostrar un total desconocimiento del régimen de prima media, ignora que estos afiliados regresan al Colpensiones con la totalidad de aportes y los rendimientos generados en el RAIS, lo que contribuye con la financiación, no solo de sus pensiones si no la de los demás afiliados al régimen de prima media y aunque eventualmente tendrá que reconocer las pensiones y/o prestaciones a que tengan derecho estos afiliados, su pago se hace en forma periódica y gradual, lo cual garantiza el sostenimiento del sistema piramidal de este régimen.

Así las cosas, es evidente para esta 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.

Condena en Costas a Colpensiones

Frente a la censura de la condena impuesta por concepto de costas, es de indicar que si bien solo la AFP Protección tuvo injerencia en el traslado de régimen que se efectuó, las costas impuestas son una consecuencia de la oposición a las pretensiones que hizo Colpensiones, por lo tanto resulta correcta y proporcional esa condena.

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

COSTAS

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

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

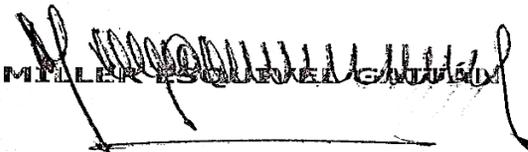
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el día 1º de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITAN