

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 WILLIAM ALBERTO NIÑO CÁRDENAS
CONTRA AFP PORVENIR, COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN Y AFP OLD
MUTUAL. Rad. 2017 00184 01 Juz 24.**

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

WILLIAM ALBERTO NIÑO CÁRDENAS demandó a la AFP PORVENIR, COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN y AFP OLD MUTUAL, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 55 y 56.

- Resolución del contrato de administración de aportes pensionales por incumplimiento del deber de información por parte de Porvenir SA.
- Retorno automático al RPM.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Porvenir asuma la diferencia económica necesaria para financiar la pensión en el RPM.
- Costas del proceso.
- Condena ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5. Efectuó aportes al ISS entre los años 1988 y 1995, a partir de la ley 100/93 empezó a recibir información del RAIS el cual era mejor porque podía escoger su fecha de pensión sin necesidad de semanas ni edad. Los agentes de los fondos privados magnificaban 3 características: la posibilidad de que los hijos mayores de edad heredaran la pensión, la falta de recurso del ISS para responder por todos los afiliados y pensionarse en cualquier momento siempre y cuando hubiese ahorrado el 110% del capital para acceder a una prestación con salario mínimo, sin embargo, no se le dijo cuanto tenía que ser

ese capital, no se le proyectó lo que debía ahorrar para aspirar a una mesada digna al final de su vida laboral, tampoco se le dijo que su ahorro dependía de la economía. En diciembre de 2003 se trasladó a PORVENIR, posteriormente se trasladó a las AFP SANTANDER, ING PENSIONES, SKANDIA y en julio de 2013 retorna a PORVENIR. Fueron las bondades publicitarias de PORVENIR las que influenciaron su decisión, no obstante, considera que fue información parcializada. PORVENIR no ha cumplió con su deber de información, por la ausencia de información exacta e inoportuna sobre sus expectativas pensionales. El 13 de octubre de 2016, solicitó información de su realidad pensional donde se le determinó una mesada a los 62 años de edad de \$2.304.600 cuantía que le genera angustia por no poder preservar su calidad de vida.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad e integrado el contradictorio con las AFP PROTECCIÓN y OLD MUTUAL, corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 67 a 74.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos solo aceptó la vinculación al ISS y sus extremos.
- Formuló como excepciones de mérito; Buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, prescripción y genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 83 a 104.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción de la acción para atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de la AFP, cobro de lo no debido, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, compensación y genérica.

-

La **AFP PROTECCIÓN** contestó en los términos del escrito visible a folios 142 a 153.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó la asesoría en pensión anticipada, la vinculación con la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN y aclaró que la vinculación del actor del 25 de mayo de 1995 por traslado de régimen obedece a su afiliación con COLMENA hoy PROTECCIÓN.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a OLD MUTUAL y PORVENIR, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y genérica.

La **AFP OLD MUTUAL** contestó en los términos del escrito visible a folios 166 a 196.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la vinculación con las diferentes AFP
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica y pago.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN de fecha 25 de mayo de 1995. Ordenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores por concepto de aportes, bonos, rendimientos e intereses causados y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlo. Llego a esa determinación al tener en cuenta que la AFP inicial (COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN) no cumplió con la carga de la prueba porque no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. También precisó que este deber tampoco fue acreditado por las otras administradoras llamadas a juicio.

Recurso de apelación

La demandada AFP PORVENIR Dijo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no se ajusta al caso concreto, afirma que COLMENA si brindó la información suficiente y necesaria para comprender las implicaciones de la decisión, al punto que el actor señala en la demanda características del RAIS. El demandante

se trasladó 4 veces de administradora, recibía los extractos de su cuenta de ahorro, conocía que en el RAIS debía pensionarse con lo ahorrado y que en RPM necesitaba cumplir un número de semanas y edad, circunstancias que permiten concluir que si fue informado en su momento. No quedó establecido en el proceso cual era la información que debía suministrarse al afiliado conforme las exigencias vigentes para el año 1995 e indicó que el acceso a la seguridad social del actor en RAIS siempre fue garantizado.

La demandada COLPENSIONES alegó que el demandante no tiene régimen de transición y por esa razón no puede retornar al RPM, en el interrogatorio de parte el actor no logró demostrar ningún vicio del consentimiento, siendo esta su carga probatoria conforme diferentes pronunciamientos del Tribunal Superior de este Distrito, ya que quien alega el vicio del consentimiento debe probarlo. Finalmente solicitó en caso de confirmarse la sentencia, no ser condenada en costas porque su recurso no se interpone de forma caprichosa sino en aras de velar por el sostenimiento financiero del sistema.

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

Parte demandante: No se demostró la asesoría e información, completa, eficiente eficaz, cierta y oportuna al momento del traslado al RAIS, no se le advirtió de las implicaciones de abandonar el RPM. En el interrogatorio de parte de PORVENIR se evidenció que la asesoría fue una reunión donde no se indagó por las características del potencial cliente, como su edad, su formación profesional o su composición familiar. El precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema, aplica a todos los casos y no se limita a los beneficiarios del régimen de transición.

Parte demandada: Colpensiones solicitó se revoque la decisión de instancia, considera que el cambio entre administradoras lo hace conocedor de las implicaciones de la decisión, el actor ya no acredita las condiciones para retornar al RPM, él no es beneficiario del régimen de transición, no cuenta con una expectativa legítima, la carga de la prueba le corresponde al actor. En caso de ser confirmada la sentencia de primera instancia, solicitó se ordene autorizar a la entidad a iniciar las acciones legales, contra la AFP tendientes a resarcir los daños y perjuicios de

carácter económico que pueda sufrir la entidad al momento del reconocimiento pensional.

PORVENIR SA, Considera que no están probados los vicios del consentimiento, el demandante conocía las implicaciones de la decisión, no se especificó cuál era la información que se debía proveer al afiliado, sin embargo, la suministrada fue suficiente para que él tomara su decisión. Todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 art. 11 y ss. La parte actora no hizo uso de su derecho de traslado en tiempo. No hay lugar a la devolución de la comisión de administración y lo descontado para las primas del seguro previsional, ya que este es un tercero de buena fe y estos rubros son descuentos legales que generaron rendimientos y ganancias a la cuenta del actor.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., indicó que el concepto por gastos de administración está autorizado en la ley, ordenarlos genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. El Juez debió estudiar y ponderar objetivamente las restituciones mutuas y la buena fe que ostenta Skandia, quien ha actuado de buena fe, la entidad cumplió con su deber de generar una rentabilidad conforme a las directrices legales y de la Superintendencia Financiera.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Si bien la parte actora no cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6º del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, lo cierto es que al no haberse propuesto en su debida oportunidad la excepción por parte de COLPENSIONES, dicha falencia se entiende saneada, según lo dicho

por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 12.221¹ del 13 de octubre de 1999, M.P GERMÁN VALDÉS SÁNCHEZ. En ese orden, como COLPENSIONES guardo silencio al no proponer la excepción de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa, dicha falencia se tiene saneada.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 25 de mayo de 1995, cuando solicitó su vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, según formulario que reposa a folio 156, y del reporte de asofondos (fls 109) se advierte que el demandante se trasladó de AFP a PORVENIR el 16 de abril de 2004, el 19 de julio de 2012 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL y el 19 de junio de 2013 retornó a PORVENIR, donde se encuentra actualmente.

Validez del traslado de régimen

Previo a abordar el análisis del caso, La Sala advierte que si bien se demandó la nulidad del traslado del RPM al RAIS, con apoyo en las actuaciones realizadas entre el actor y Porvenir el 7 de mayo de 2013, el cual corresponde a un cambio de administradora dentro del RAIS, tal vacilación del litigante fue corregida por el A quo como director del proceso, aunado a que fue objeto de debate (interrogatorio de parte de la demandante) el momento en que ocurrió el traslado de régimen, por lo que al haber sido un hecho discutido y probado en instancia, procede La Sala a su estudio.

¹ Pero puede suceder que el Juez Laboral admita la demanda sin advertir la falta de cumplimiento por parte del accionante de la exigencia contemplada en el pluricitado artículo 6° del C. de P.L. En este caso es deber procesal de la parte demandada, así como un elemental ejercicio de la lealtad que se deben los sujetos procesales entre sí y que éstos le deben al Juez, alertar a éste sobre la omisión del agotamiento del procedimiento gubernativo, pero no de cualquier manera, sino mediante la proposición de los medios de defensa que en su favor consagra la ley adjetiva del trabajo en su artículo 32, cuales son las excepciones previas o dilatorias respectivas, que para el caso concreto que se examina se contrae a la de falta de competencia, por no agotamiento previo de la vía gubernativa, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 97 del C.de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num.46, disposición a la cual fuerza remitimos por mandato del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral. O también puede formularse la excepción dilatoria de no agotamiento del procedimiento gubernativo o reglamentario, que como ya ha tenido oportunidad la Corte de expresarlo, "...bien puede entenderse que constituye una excepción en el proceso laboral, propia y autónoma" (Sentencia de Julio 21 de 1981. Rad. N° 7619).

(...)

Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que "La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso.

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

Al respecto, si bien el actor el 25 de mayo de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA (fl. 156), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994², norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre

² **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

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

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

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

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

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

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

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

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

de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas³ y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó 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 (SL 261-2020) 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. 31.989⁴, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

³ “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”

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

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

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

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

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

La AFP PROTECCIÓN, si bien indicó que al demandante al momento del traslado se le asesoró con las proyecciones en ambos regímenes con el fin de determinar el panorama de las mesadas, ello lo fue verbalmente y resaltó que para esa época no era posible prever con exactitud el monto de la pensión, pues su obligación nació con la ley 1748 de 2014, sin embargo y pese a que el actor hizo una descripción de las características generales del RAIS, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que el argumento de traslado entre administradoras del mismo régimen no procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión de cambio de régimen. La demandada PROTECCIÓN dice que hacer una proyección en la época del traslado era imposible porque no se contaba con los rendimientos que iba a generar la cuenta, no obstante, esto no es excusa para sustraerse del suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además la proyección del monto de su pensión, si era posible de efectuar actuando el mismo IBC, e informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban 27 años para alcanzar la edad de pensión.

Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales del RAIS y el conocer los extractos y los rendimientos que genera su cuenta de ahorro individual, ya que esta información sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar

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”

Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”*.

En cuanto a la petición de COLPENSIONES de no condenarla en costas, ésta se despachará desfavorablemente, ya que su condena procede de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del art. 365 del CGP.

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 PROTECCIÓN y COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) para cada una de las entidades apelantes, como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

⁵ “ 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 si 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).

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de noviembre 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 PROTECCIÓN y COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) para cada una de las entidades apelantes, como agencias en derecho.

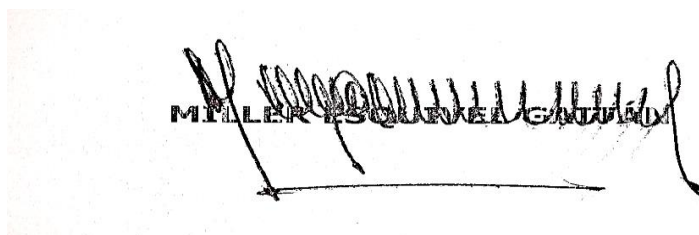
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 ALFONSO MÉNDEZ MARTÍNEZ
CONTRA AFP PROTECCIÓN SA, AFP COLFONDOS SA Y COLPENSIONES.
Rad. 2018 – 00133 01. Juz. 34.**

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

ALFONSO MÉNDEZ MARTÍNEZ demandó a la AFP PROTECCIÓN SA, AFP COLFONDOS SA Y COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 56 A 58.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones y rendimientos.
- Indemnización de perjuicios por el detrimento económico en su mesada.
- Aplicación de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias solicita:

- Se declare que el acto de traslado cuenta con vicios en el consentimiento.
- AFP Protección asuma la diferencia de la mesada que le hubiere correspondido en el RPM.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 94 a 97. Nació el 30 de octubre de 1954, al 1 de abril de 1994 contaba con más 710 semanas cotizadas al ISS. El 1 de junio de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN SA, la información suministrada consistió en ofrecer una mesada superior a la del RPM pero no se hizo una proyección de ella, ni se puso de presente las desventajas del cambio. Al 31 de diciembre de 2016, su historia laboral registra 1.744.86 semanas. En su momento el ISS tampoco advirtió de las consecuencias del traslado, en junio de 2007 se trasladó a la AFP COLFONDOS y en agosto de 2017 se le informó que ya contaba con los requisitos para acceder a la pensión, la cual ascendería a la suma \$4.750.000 cuando su salario es de \$8.400.000 por lo que en ese momento descubrió el engaño frente a su mesada pensional, dijo que no radicó los documentos para el reconocimiento de la prestación y se asesoró sobre como hubiera quedado la pensión en el RPM existiendo una diferencia de \$5.548.634. El 24 de noviembre de ese año presentó reclamación administrativa la cual fue negada por estar en la prohibición de los 10 años de que trata el art. 13 de la ley 100/93.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro 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 PROTECCIÓN S.A. en términos del escrito visible en fls. 116 a 133.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; acepta la edad y fecha de nacimiento del actor, el traslado de régimen y el de AFP y el salario devengado.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a Colfondos, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y la genérica.

LA AFP COLFONDOS en los términos del escrito visible a fls. 190 a 221 y 351 a 382.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; acepta la edad y fecha de nacimiento del actor, el traslado de régimen, aceptó haber informado del cumplimiento de los requisitos para la pensión y la cuantía.
- Formuló como excepciones de mérito las de; irrenunciabilidad del estatus de pensionado, prohibición legal de los pensionados para trasladarse de un régimen a otro, irrenunciabilidad del estatus de pensionado, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que genere nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 319 a 334 y 453 a 456.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; acepta la edad y fecha de nacimiento, número de semanas, el traslado de régimen y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito las de: inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a las demandadas. Llegó a esa determinación al advertir que si bien no hay un solo medio probatorio que permita colegir que la AFP brindó información suficiente y veraz al momento del traslado en cuanto a las diferencias de los regímenes y las condiciones pensionales en cada uno de ellos, lo cierto es, que el demandante dijo conocer las características del RAIS, al momento del traslado nadie lo coaccionó, y se cambió de administradora porque COLFONDOS le ofrecía mayores rendimientos. Resaltó que el actor cuenta con una pensión de vejez reconocida en el RAIS bajo la modalidad de retiro programado desde 2017, momento para el cual se le brindaron 3 asesorías, actuaciones que le permitían concluir que el demandante conocía su situación pensional y fue su voluntad pensionarse allí. En cuanto a la firma del formulario de

afiliación, la juez considera que en él se dejó constancia de la selección del régimen de manera libre y se impuso la obligación al firmante de conocer los efectos y beneficios del traslado, también dijo que si bien el deber de información siempre ha existido, el traslado del actor en el año 1995 se hizo en cumplimiento de los requisitos sustanciales vigentes para época y el alegar ahora una diferencia en el monto de la pensión no es excusa alguna, ya que cada régimen pensional tiene sus propias condiciones y características.

Recurso de Apelación

La apoderada de la parte demandante considera que el juez se equivoca al aplicar la carga de la prueba y su valoración, ya que el análisis de estos casos se concentra en el momento en que se realiza el acto jurídico de cambio de régimen de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Dijo que si bien el demandante aceptó trasladarse a Colfondos por la rentabilidad ofrecida, él también manifestó no conocer las diferencias entre el RAIS y el RPM. La AFP PROTECCIÓN no demostró haber cumplido con el deber de información, y no se puede confundir la asesoría brindada al momento de la afiliación al RAIS con la asesoría para el cambio de administradora, pues ella no subsana el deber de información.

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

Parte demandante: Indicó que no se acreditó la libertad informada conforme la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el actor dijo en su interrogatorio que no recibió información cierta, real, suficiente, determinante y oportuna al momento de perfeccionarse el negocio jurídico (junio de 1995), para el momento del traslado se le prometió una pensión más alta, la firma del formulario no es suficiente, la información sobre el RAIS fue deficiente y se remitió a la inversión de la carga de la prueba.

Parte demandada: COLPENSIONES indicó que el actor está inmerso en la prohibición legal de traslado, que no están acreditados los vicios del consentimiento, la nulidad no se alegó dentro del término del artículo 1750 del

Código Civil, su permanencia en el RAIS saneo el presunto vicio, el actor es a quien le corresponde la carga de la prueba, él no es beneficiario del régimen de transición, entre los años 1994 y 2016 solo se exigía el documento de afiliación en el que se plasma la intención de pertenecer al RAIS, alegó la descapitalización del sistema y en caso de confirmarse la sentencia solicitó su cumplimiento hasta que la AFP no devuelva todas las sumas de dinero recibidas.

COLFONDOS alegó que el actor no es beneficiario del régimen de transición, se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado, alegó la validez del acto jurídico de la afiliación, considera que cualquier posible nulidad está prescrita porque no se adelantó en los términos del art. 1750 del C.C. Alegó la inexistencia del derecho, de vicios en el consentimiento, caducidad y buena fe.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la solicitud radicada a Colpensiones obrante a folio 98, en la que solicitó el traslado al RPM y el retorno de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual, 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se

trasladó desde el 05 de mayo de 1995 cuando solicitó su vinculación a la AFP PROTECCIÓN (fl. 160), y desde el 27 de marzo de 2007 se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl 285), entidad que desde agosto de 2017 le reconoció la pensión de vejez en un monto inicial de \$ 4.750.000 (fl. 447).

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 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 encuentra la Sala que si bien el actor el día 05 de mayo de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PROTECCIÓN (fl. 160), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para

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

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

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

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

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

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 el fechado el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas², reiterado en sentencia 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 retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media. Lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que

aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

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

en 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 el actor y si bien ésta demandada manifiesta que previo al traslado le suministro al demandante información donde explicó los beneficios del régimen, la entidad no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró al actor un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al 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 21 años para alcanzar la edad de pensión.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por la juez A quo no se subsanan por el hecho de que el actor ya estando dentro de régimen de ahorro individual,

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”

decidiera cambiar de Administradora (año 2007) o que el actor solicitara y le fuera reconocida una pensión en este nuevo régimen (agosto de 2017), pues nótese que todo es fruto de una decisión viciada de nulidad y porque en ningún momento las acciones posteriores de una tercera entidad legítima las acciones de la AFP PROTECCIÓN, sumado a que fue como consecuencia del reconocimiento de la pensión de vejez que el actor se percató del engaño al que había sido sometido por Protección y del perjuicio que le causaría si continuaba en este régimen, momento desde el cual ha manifestado por diferentes medios su inconformidad.

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 conducirá inexorablemente a **revocar** la sentencia apelada en cuanto negó la declaratoria de la nulidad del traslado, para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual efectuada el 05 de mayo de 1995 a la AFP PROTECCIÓN (fls. 160), decisión que igualmente repercute en el traslado que efectuó el 27 de marzo de 2007 (fl 285) a la AFP COLFONDOS, así como del acto de reconocimiento del derecho pensional que el demandante venía disfrutando y como consecuencia conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

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

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

sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Mesadas ya pagadas por la AFP COLFONDOS

Igualmente se debe precisar que el hecho de que la AFP COLFONDOS haya reconocido desde agosto de 2017 la pensión de vejez al actor, no la inhibe de devolver la totalidad de los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración indebidamente cobrados, pues como la nulidad se dio por una conducta indebida de la administradora del régimen de ahorro individual, ésta debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado y por ende la disminución en el capital de la cuenta individual del actor y que se encuentra destinado a la financiación de la pensión de vejez, la cual se pudo haber afectado por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual o por gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deben ser asumidos por la Administradora, a cargo de su propio patrimonio, de conformidad con lo consagrado en el artículo 963 del C.C., lo cual no obsta para que la AFP COLFONDOS pueda repetir contra la AFP (PROTECCIÓN) que materializó y generó la nulidad del traslado de régimen.

No obstante se advierte que a Colpensiones inicialmente solo le corresponde reconocer las diferencias que se genere entre la pensión ya reconocida por la AFP COLFONDOS (desde el 1 de agosto de 2017) y la que llegue a reconocer al actor, hasta que reciba todos los aportes, momento a partir de la cual tendrá que asumir la totalidad de la mesadas a que tenga derecho el demandante. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos dentro de los que se encuentra la ya citada sentencia con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas⁴.

⁴ “En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciera la administradora de régimen de prima media al que retorna.

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

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere

Igualmente se negara la indemnización de perjuicios que se infiere de la pretensión 6 del acápite de pretensiones declarativas (fl 57) ya que al declararse la nulidad del traslado de régimen se tiene que el monto de las prestación debe corresponder a la que siempre debió haberse reconocido en el RPM y con ello se reparan los efectos del indebido acto del traslado.

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de octubre de 2019, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del primer traslado del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 05 de mayo de 1995 con destino a la AFP PROTECCIÓN y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de todos

incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada”

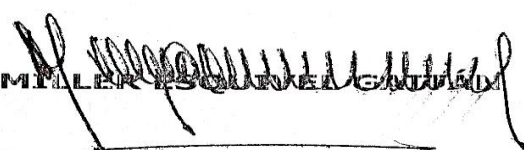
los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado, sin que pueda descontar lo pagado por concepto de mesadas pensionales ya reconocidas, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESCOBAR GÓMEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ENRIQUE CALIXTO PAIPA
contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR. Rad. 2018 – 00447 01. Juz. 20.**

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

JORGE ENRIQUE CALIXTO PAIPA demandó a COLPENSIONES y AFP PORVENIR para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl 2.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado automático del actor a Colpensiones.
- Actualización de la historia laboral.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 7. Nació el 1 de abril de 1955, cuenta con 63 años de edad, laboró en el sector público 11.292 días, desde el 21 de abril de 1983 y el 31 de julio de 1999. El 9 de julio de 1999 se trasladó de régimen a través de su vinculación con la AFP PORVENIR, tal decisión se apoyó en la promesa de mejores beneficios, como pensionarse anticipadamente y una pensión más alta, sin embargo, no se le explicó cómo se debía edificar el derecho pensional en cada régimen. Su salario para la época del traslado ascendía a \$1.293.291. Durante la permanencia en el RAIS no se le ha brindado una asesoría completa, tanto del régimen como de las modalidades pensionales. PORVENIR en el año 2015, le indicó que ya contaba con el capital para acceder a la pensión, no obstante, en el 2017, cuando cumplió la edad se acercó a reclamar la prestación y se le informó que debía

continuar cotizando. Al hacer el comparativo con lo que sería su situación pensional en el RPM, encontró que allí ya se hubiera podido pensionar con una mesada superior al salario mínimo que le ofrece su AFP. Para el año 2018, acredita 1.613 semanas. Solicitó la nulidad del traslado ante las demandadas, PORVENIR lo negó y COLPENSIONES no se pronunció. Si PORVENIR hubiese ilustrado al actor de este escenario pensional si decisión hubiese sido otra.

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** contestó en los términos del escrito visible a fls. 95 a 108.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, los aportes en el sector público, los aportes en el ISS, el traslado al RAIS, contar con el capital en el RAIS para pensionarse y la solicitud de nulidad ante las dos demandadas.
- Formuló como excepciones de mérito las de: inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica.

LA AFP PORVENIR S.A. contestó en los términos del escrito visible en fls. 134 a 147.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la edad y fecha de nacimiento del actor, los aportes a diferentes cajas de previsión, el traslado de régimen y la negativa a la solicitud de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS efectuado por el actor, lo declaró válidamente afiliado al RPM y

ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes que obran en la cuenta individual del demandante junto con los rendimientos causados. Llegó a esa determinación al encontrar que la AFP no acreditó su deber de información y buen consejo, no se tiene conocimiento si efectivamente hubo un asesoramiento completo y eficaz, el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador, pero no que fue informado a la luz de lo dispuesto en el artículo 97 numeral 1 Decreto 663 de 1993 en armonía con los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993. El diligenciamiento de un formato, no es suficiente si no se puede cotejar la información brindada, tampoco se probó si hubo vicios en el consentimiento, por eso ordenó válidamente la vinculación del actor a COLPENSIONES, como quiera que para el 9 de julio de 1999 él estaba afiliado al ISS, en cuanto a la excepción de prescripción, dijo que no prosperaba por tratarse de un asunto declarativo conexo a un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

Recurso de Apelación

La apoderada de la AFP PORVENIR considera que no hay lugar a declarar ineficacia alguna porque el traslado del actor fue legal, la manifestación de la voluntad se plasmó por escrito conforme al formulario de vinculación que no fue tachado, ni desconocido. No existen vicios de consentimiento, el demandante es plenamente capaz, no hay pruebas que indiquen que Porvenir ofreció un mejor derecho pensional. El actor se vinculó hace 20 años al RAIS, por lo que no resulta dable que ahora alegue un desconocimiento, máxime cuando la ignorancia de la ley no exime de culpa. El demandante es profesional del derecho hace 25 años, laboró en el Ministerio de Trabajo y fue Alcalde, refirió que en el interrogatorio de parte el actor dijo haber sido asesorado en diferentes oportunidades y estas situaciones son indicativas de que conocía las condiciones pensionales del régimen escogido, él también conocía las características del RPM. El actor no tenía ninguna expectativa legítima, ni era beneficiario del régimen de transición. Porvenir no podía conocer cómo iba a ser su mesada en el RPM.

COLPENSIONES: Reiteró que el demandante conocía las características del traslado y las de cada régimen pensional, su permanencia en el RAIS supera los 20 años, no se probó que la AFP haya faltado al deber de información, el demandante contó con asesorías grupales e individuales. También resaltó su calidad de

profesional del derecho y el cargo de Alcalde, resaltó que el desconocimiento de la ley no es excusa. Sostener la orden del A quo atenta contra la solidaridad del sistema donde se hacen unas proyecciones presupuestales y financieras. Solicitó en caso de confirmarse la decisión, no ser condenada en costas porque sus actuaciones son de buena fe, y se debe ordenar a Porvenir que traslade todos los dineros que obran en la cuenta individual del actor como los rendimientos y se abstenga de realizar deducciones por conceptos de seguros de pensión.

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

Parte demandante: indicó que la administradora faltó al deber de información, vulneró el principio de libertad informada e indujo en error al actor, pues le hizo ver que podría acceder a beneficios inexistentes en el RAIS, a costa del descredito del RPM, el formulario no es prueba del consentimiento informado, se remitió a la carga de la prueba en cabeza de las administradoras, citó la SL1688-2019 y las normas que regulan el deber de información para las AFP, así como la jurisprudencia relacionada con la necesidad del consentimiento informado, ya que resulta insuficiente el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, sin que importe en estos casos, si el afiliado cuenta con un derecho consolidado, tiene un beneficio transicional, o si está próximo a pensionarse, porque la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado.

Parte demandada: Colpensiones solicitó revocar la decisión de instancia ya que el actor se encuentra en la prohibición legal de traslado, su afiliación al RAIS es válida, ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen, indicó que conforme el artículo 9 del Código Civil, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, considera que la carga de la prueba le incumbe al promotor del litigio. Resaltó las obligaciones de los afiliados determinadas en el Decreto 2241 de 2010, el actor no adelantó solicitud alguna sobre su futuro pensional y su silencio en el curso del tiempo, se debe entender como una decisión consciente de permanecer en el RAIS. En el momento del acto jurídico contaba con capacidad legal.

PORVENIR, indicó que el A quo le restó validez al formulario de afiliación el cual es prueba de la asesoría ya que para la fecha de la vinculación del demandante no existía norma alguna que impusiera la constancia de la asesoría, la cual era proporcionada

de forma verbal. No es posible cuestionarse la vinculación del actor con la aplicación sistemática de la jurisprudencia, para la fecha de vinculación no existe transgresión de normas y el demandante no desplegó el más mínimo esfuerzo probatorio. Para la fecha del traslado el actor no estaba próximo a pensionarse y la carga de probar la asesoría nació con la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la documental que reposa a folios 44 a 47, en la que se solicitó la nulidad del traslado de régimen pensional, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 09 de julio de 1999 (fl 24), cuando se vinculó a la AFP PORVENIR, administradora a la cual se encuentra afiliado actualmente.

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

Al respecto, encuentra la Sala que si bien el actor el día 09 de julio de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR (fl. 24), 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 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. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello

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

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

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

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

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

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

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

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

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"

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó 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 (RAD. 31989-2008, SL1421-2019, SL1688-2019 y SL2611-2020, entre otras) 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.

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”

La AFP PORVENIR, se limitó a manifestar que el actor diligenció el formulario de solicitud de vinculación, que suministró información suficiente y que no es aceptable que el demandante quien es profesional en derecho alegue una indebida asesoría y desconocer los efectos de la decisión de trasladarse, sin embargo, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019), la demandada PORVENIR no indicó si 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, máxime cuando le faltaban 18 años para alcanzar la edad de pensión, omisión que no se subsana por el hecho de la amplia preparación académica del actor, o los cargos que éste haya desempeñado en el ejercicio de su profesión, ya que el nivel de estudios de una persona no lo hace conocedor de las todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional.

Insuficiencias que tampoco se subsanan por el hecho de que el actor haya permanecido por 20 años afiliado al RAIS, o que conozca características de cada régimen pensional, pues tal información sin una proyección del monto de la pensión en cada régimen resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta. Tampoco es valedero el argumento de que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, ni cuenta con un derecho adquirido, pues al margen de éstas circunstancias, la ineficacia del acto del traslado se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴ y SL4426-2019.

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.

En cuanto a la solicitud de COLPENSIONES, de ordenar a PORVENIR que devuelva todos los dineros que obran en la cuenta individual del actor, como rendimientos y deducciones por conceptos de seguros, advierte La Sala que si bien, el juez en la sentencia ordenó solo la devolución de aportes y rendimientos, lo cierto es que la declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional, comprende la devolución de la totalidad de los valores recibidos, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales y demás generados por la cuenta de ahorro individual, sin que la AFP puede descontar valor alguno por ningún concepto, como cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que ésta devolución es una consecuencia lógica de tal declaratoria y su restablecimiento tiene que ser completo y con efectos retroactivos.

Finalmente, en cuanto a la petición de COLPENSIONES de no condenarla en costas, ésta se despachará desfavorablemente, ya que su condena procede de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del art. 365 del CGP.

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 cada una de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada apelante.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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).

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de noviembre 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 cada una de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada apelante.

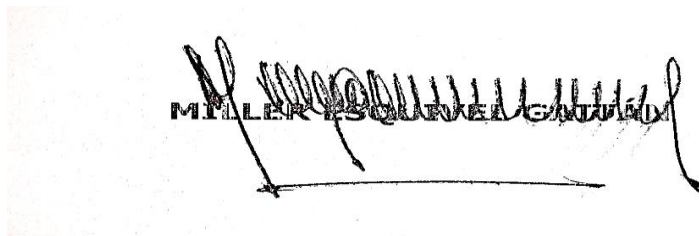
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 MARY DEL CARMEN PAREDES LARA
CONTRA AFP PROTECCIÓN Y COLPENSIONES. Rad. 2018 00670 01 Juz
22.**

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

MARY DEL CARMEN PAREDES LARA demandó a la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 26 a 28.

- Nulidad o ineficacia del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Pensión de vejez.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 24 a 26. Nació el 20 de noviembre de 1963. Su vinculación con el sistema lo fue en el RPM, en el año 1999 cuando se trasladó al RAIS contaba con 450 semanas cotizadas. La decisión de cambio de régimen fue por las ventajas ofrecidas, no se le informó cómo estaba diseñado el nuevo régimen, se prometió una mejor mesada que en el RPM y pensionarse a la edad que eligiera, pero no se le explicó cómo, se brindaron ventajas pero se omitió hablar de las pérdidas que conllevaba la decisión. Con su traslado renunció a una pensión digna acorde con el salario y tiempo laborado. El 23 de julio de 2018 se acercó a su administradora para indagar sobre su derecho pensional donde se infirmó que a los 57 años de edad era acreedora de una pensión con garantía

mínima en cuantía de un salario mínimo, valor que corresponde a la quinta parte del salario devengado, el engaño del asesor asaltó su confianza porque fue deficiente. El 28 de julio de 2018 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones.

Actuación Procesal

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

La **AFP PROTECCIÓN** contestó en los términos del escrito visible a folios 58 a 68.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN y la solicitud del cálculo de la mesada.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 93 a 123.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto la edad de la actora, la vinculación al ISS, el número de semanas cotizadas y el agotamiento de la vía gubernativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones públicas que administran seguridad social y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a las demandadas. Llegó a esa determinación al tener en cuenta la cotización aportada por la actora en el interrogatorio de parte, donde se evidencia que la AFP DAVIVIR el 4 de julio de 1999 indicó el monto de la mesada tanto en RAIS como en RPM, resaltó que el 16 de julio de 2018, la

demandante fue nuevamente informada de cómo sería su pensión. El juez advirtió actos inequívocos de la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS, por lo que en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, con los aportes durante todos los años de vinculación al RAIS, se convalidó su afiliación, sin que sea dable alegar su culpa en su propio beneficio. Para acreditar el deber de información, se apoyó en la proyección de la mesada, aunado a que la promotora del litigio no era beneficiaria del régimen de transición. Resaltó del interrogatorio de parte, la aceptación de la actora de haber recibido información sobre los ahorros, por lo que exteriorizó su voluntad de pertenecer al RAIS, el Fondo demostró haber informado suficientemente a la actora dentro de la temporalidad legal la posibilidad de retornar al RPM, y resaltó que el no cumplimiento de las expectativas del afiliado en cuanto al monto de la mesada pensional, no era suficiente para acreditar un engaño, ya que cada régimen cuenta con sus propias características y diferencias.

Recurso de apelación

La parte actora Insiste en la falta al deber de información y la inversión de la carga de la prueba en cuanto a la demostración de no haber enseñado a la demandante las ventajas e implicaciones del cambio de régimen. Expone que en el proceso se probó que la demandante se trasladó bajo un convencimiento falso. En el interrogatorio de la AFP no se observa que se hubiese preocupado por actualizar los datos de la demandante y mantenerla al tanto de su realidad pensional. No obra documental que acredite una asesoría formal, comprensible y clara, el formulario de afiliación solo recoge información personal. El A quo se equivoca en la valoración de la cotización aportada, pues allí se demuestra que lo ofrecido era una mejor mesada, engaño que indujo en error a la actora ya que su derecho pensional está lesionado por la diferencia de la mesada que ofreció inicialmente el Fondo. Solicita la revisión de los interrogatorios de parte.

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

Parte demandante: indicó que el traslado de régimen no fue informado en debida forma, la proyección realizada fue parcializada y no se refleja en la mesada actualmente ofrecida por la AFP. Durante el término de la vinculación no se le hizo

un adecuado acompañamiento en cuanto a las variaciones en la mesada pensional, los asesores no estaban debidamente ilustrados sobre los temas para brindar una adecuada asesoría, la decisión del juez dista de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que considera que se debe revocar la decisión de instancia y acceder a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: COLPENSIONES resaltó la confesión de la demandante con la que se acredita el cumplimiento de los presupuestos del Decreto 663 de 1994, en concordancia con el artículo 13 de la ley 100 de 1993, Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, el traslado no incurrió en ninguna prohibición legal, no tenía derechos adquiridos, los aportes al RAIS ratifican su voluntad de permanencia. De otra parte solicitó que de accederse a las pretensiones, se ordene que el cumplimiento de la sentencia en lo que ella respecta, se condicione a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI de la demandante. Finalmente solicitó no se condene en costas.

PROTECCIÓN alegó que sus actuaciones han estado precedidas de buena fe, la afiliación de la actora fue libre y voluntaria, ella no hizo uso de su facultad de retorno al RPM, citó las obligaciones del sector financiero, e indicó que no hay lugar a devolver la comisión de administración y lo descontado para las primas del seguro previsional, como quiera que la AFP cumplió con su deber de generar rendimientos, la sentencia SL2324 de 2019 (MP Dra. Ana María Muñoz Segura), se refirió al rol de los terceros de buena fe en estos procesos, considerando que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros y que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena, por lo que se deben mantener todas las situaciones consolidadas sobre las cuales operó la prescripción.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la solicitud radicada el 28 de julio de 2018 (fl 6) en la que se solicitó la nulidad del traslado de la afiliación al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 7 de abril de 1999 cuando solicitó su vinculación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, según formulario que reposa a folio 69.

Validez del traslado de régimen

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

Como ya se indicó, la actora el 7 de abril de 1999 (fl 69) se trasladó de régimen mediante su vinculación con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, momento para el cual debió haber cumplido los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹,

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;

norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la parte actora; sin embargo, para esta Sala el diligenciamiento de un formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, ya que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante, suerte que también corre la cotización que aportó la actora en su interrogatorio de parte, la cual se hizo 3 meses después a la suscripción del formulario de traslado, lo que permite concluir que este documento no existía al momento de la asesoría para el cambio de régimen, sin embargo, de ésta cotización lo que La Sala advierte es la existencia del controvertido engaño que se endilga a la administradora, pues de su lectura resulta indiscutible que allí se ofreció una mesada superior (\$803.512) a la calculada con el ISS (\$753.100) y muy cercana a su IBC (\$886.000) para la época, lo que género en la demandante el convencimiento de la mejora en el derecho pensional ofrecido por la AFP.

Resulta oportuno precisar que lo que se debe dar preeminencia al momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, 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

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”*

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 correspondía a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada no solo el monto de la pensión, pero no un monto cualquiera sino el real, en cada uno de los regímenes, 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.

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

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

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

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP PROTECCIÓN, ya que se limitó a manifestar que su asesoría estuvo acorde con las disposiciones legales, que cumplió con las proyecciones de forma verbal, y en su interrogatorio fue enfática en señalar que la información que se brinda en las asesorías consiste en las diferencias en ambos regímenes ya que no se puede hablar de beneficios o desventajas y que a través de los periódicos se avisó a los afiliados la posibilidad de retornar al RPM. No obstante, ninguna de estas circunstancias demuestra con claridad la forma en que se llevó a cabo el suministro de la información para que la actora realizara el cambio de régimen, ni prueba que se brindó un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, ya que la proyección del monto de la pensión, sin la explicación de cuanto necesitaba tener la actora en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, y cuanto tenía que aportar a la largo de la vida laboral para sostener la mesada prometida, resulta ineficaz e inútil para acreditar el cumplimiento del deber de información.

Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó ni se saneo con los aportes que la demandante efectuó todos estos años en el RAIS, ni con la asesoría brindada en julio de 2018 cuando indagó por su prestación, pues se reitera, el análisis del caso, obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que ese deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

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

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.

traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*".

Así las cosas, es evidente 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, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de MARY DEL CARMEN PAREDES LARA al régimen de ahorro individual efectuada el 07 de abril de 1999 a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN (fls. 69) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

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

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).

En cuanto a la pretensión de condenar a COLPENSIONES que reconozca pensión de vejez a la actora una vez se acrediten los requisitos, para ello, La Sala precisa que su pretensión como ella lo indica está sujeta precisamente al cumplimiento de requisitos, por lo que una vez los acredite deberá dar inicio al trámite administrativo previsto por la entidad para el reconocimiento de las prestaciones.

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

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

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **revocar** la sentencia apelada.

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de septiembre de 2019, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de MARY DEL CARMEN PAREDES LARA al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 7 de abril de 1999 a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.


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

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

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 NATALI MARTÍNEZ ROMERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN SA. Rad. 2019 – 00106 01. Juz. 26.

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

NATALI MARTÍNEZ ROMERO demandó a COLPENSIONES y a la AFP PROTECCIÓN SA., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl 4.

- Nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Condena ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 y 6. Nació el 29 de marzo de 1966, realizó aportes al ISS entre el 21 de marzo de 1990 y el 31 de julio de 1994, en agosto de ese año se trasladó a la AFP PROTECCIÓN sin que se le brindara información de las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RAIS o condiciones para la redención del bono. A la entrada en vigencia de la ley 797/03 tampoco se le informó de la posibilidad de retornar al RPM. En Protección ha cotizado 1212.86 semanas. En junio de 2018 le fue calculada su mesada pensional en \$1.591.560 cuando sus ingresos corresponden a 6 salarios mínimos, el 13 de

diciembre de ese año solicitó a COLPENSIONES el traslado de los aportes de su cuenta de ahorro individual, el cual le fue negado.

Actuación Procesal

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

LA AFP PROTECCIÓN S.A. contestó en los términos del escrito visible en fls. 50 a 58.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado de régimen, el número de semanas en uno y otro régimen y la proyección de su mesada pensional.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema de seguridad social y la genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 89 a 94.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento de la demandante y el agotamiento de la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a las demandas. Llego a esa determinación luego de precisar que, si bien la carga de la prueba corresponde a las AFP, la demandada tuvo la oportunidad de subsanar la falencia inicial de falta de información, cuando demostró haber brindado información a la afiliada, antes de que ésta cumpliera la edad de prohibición para efectuar otro traslado, le explicó

cuando se redimiría el bono y efectuó la proyección de la mesada. Dijo que para el año 1994 solo se debía explicar las características propias de cada régimen y no era necesaria la proyección de la mesada.

Recurso de Apelación

La parte actora apela la sentencia porque lo que se debe valorar es la información al momento del traslado, sus implicaciones, beneficios, modalidades, ventajas y desventajas frente a la consolidación de la pensión. En el proceso no existe un indicio de cumplimiento del deber de información al momento del traslado, y la información publicitaria, la mención de rendimientos o el suministro de extractos, como el hecho de trabajar en el sector financiero, no son circunstancias que permiten concluir que la actora cuenta con el conocimiento calificado para tomar las decisiones sobre su régimen pensional. Considera que la reasesoría no es el problema jurídico, sin embargo, se debe tener en cuenta, que a la demandante se le coaccionó cuando se le dijo que no podía estar en el mismo régimen pensional de su esposo. Finalmente solicita la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral desarrolladas para estos casos.

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

Parte demandante: Se probó que la AFP PROTECCION incumplió con el deber de información calificado que debía desplegar a la suscripción del formulario de afiliación al RAIS, no se le hizo una proyección de la mesada, ni se le informó de las condiciones y consecuencias de la decisión, la reasesoría brindada, se hizo 18 años después de la selección inicial, pero en ella, fueron expuestos argumentos falsos que coaccionaron el criterio y decisión, y solicitó la aplicación del precedente judicial que ha establecido la Corte Suprema de Justicia para éstos casos.

Parte demandada: COLPENSIONES considera que no hay razón para declarar la nulidad de la afiliación al RAIS, ya que ella es plenamente valida y legal, el actor no probó ninguna causal como el error, fuerza o dolo, y sí confeso haberse afiliado a la AFP, de lo que se infiere su voluntad de cambio de régimen pensional.

PROTECCIÓN, indicó que todas sus actuaciones han estado precedidas de buena fe y legalidad, sus traslados han sido libres y voluntarios. La actora tuvo la oportunidad de trasladarse en diferentes oportunidades, no obstante, nunca hizo uso de su derecho, resaltó las obligaciones del consumidor financiero. Considera que no hay lugar a la devolución de la comisión de administración y lo descontado para las primas del seguro previsional, porque tales valores están previstos en la ley, la cuenta ha generado rendimientos, si las cosas vuelven a su estado anterior los rendimientos nunca se hubieran causado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, alegó la buena fe de terceros. Dijo que, sobre la comisión de administración y financiación de las primas del seguro previsional, opera la prescripción.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la solicitud que obra a fl. 29 en la que se solicitó la nulidad del traslado el 13 de diciembre de 2019, 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 19 de julio de 1994 cuando solicitó su vinculación a la AFP PROTECCIÓN (fl 107), a la cual se encuentra actualmente vinculada.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen se tiene que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no 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, encuentra la Sala que si bien la actora el día 19 de julio de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PROTECCIÓN (fl 107), 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 conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario

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)

preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante.

Esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentra la 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 la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le correspondía a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP PROTECCIÓN, ya que se limitó a manifestar que la afiliación fue libre y voluntaria, se brindó la información necesaria para la toma de la decisión, no ejerció fuerza al momento de la firma del formulario, alegó que la valoración del monto de la pensión no vicia el consentimiento ni es causal de ineficacia y a la demandante se le brindó una nueva reasesoría. Sin embargo, en el proceso no demostró ni 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 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 29 años para alcanzar la edad de pensión, omisión que no se subsana por el hecho de la preparación académica de la actora ya que el nivel de estudios de una persona no lo hace conocedora de las todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional.

Recuérdese que el análisis obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que ese deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019). De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar

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”

Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019), sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido⁵ (SL 4426 de 2019).

Así las cosas, es evidente 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, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de NATALI MARTÍNEZ ROMERO al régimen de ahorro individual efectuada el 19 de julio de 1994 (fl 107) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Por lo tanto, PROTECCIÓN tiene el deber de devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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).

⁵ Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones.

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

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

COSTAS

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

DECISIÓN

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

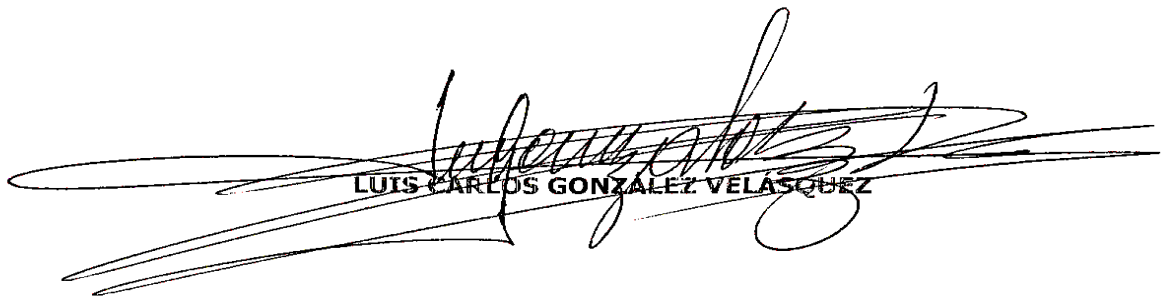
RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de noviembre de 2019, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de NATALI MARTÍNEZ ROMERO al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 19 de julio de 1994 con destino a la AFP PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.


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

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

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 MARÍA CRISTINA PIMIENTO BARRERA CONTRA AFP PROTECCIÓN, AFP OLD MUTUAL Y COLPENSIONES. Rad. 2019 00165 01 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

MARÍA CRISTINA PIMIENTO BARRERA demandó a la AFP PROTECCIÓN, AFP OLD MUTUAL y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 2 y 3.

- Nulidad de la afiliación al RAIS.
- Reactivación de la afiliación al RPM.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Condena ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 6. Nació el 25 de octubre de 1953, inició sus aportes al sistema en el ISS el 16 de mayo de 1995, donde aportó 53.57 semanas. El 02 de julio de 1996 se trasladó de régimen con la AFP COLMENA desconociendo que la decisión desmejoraba su situación pensional, nunca se le advirtió de las consecuencias del traslado. En octubre de 2007 un funcionario de SKANDIA le ofreció mejores ventajas en rendimientos en su cuenta de ahorro individual. Al encontrar disminuidos sus derechos pensionales, solicitó a Colpensiones su retorno. Su mesada fue calculada en 2 salarios mínimos, cuando sus ingresos ascienden a 12, por lo que le resulta más favorable el reconocimiento de la pensión en el RPM. Cuenta con 1.047,43 semanas y no tiene régimen de transición.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad e integrado el contradictorio con las AFP PROTECCIÓN y OLD MUTUAL, corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **AFP PROTECCIÓN** contestó en los términos del escrito visible a folios 89 a 103.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, edad y el traslado al RAIS.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado por falta de causa, traslado de aportes y genérica.

La **AFP OLD MUTUAL** contestó en los términos del escrito visible a folios 147 a 161.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la simulación de la pensión, el número de semanas cotizadas, el traslado a SKANDIA hoy OLD MUTUAL.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 171 a 179.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, edad, aportes al ISS, traslado al RAIS y la solicitud de retorno a COLPENSIONES.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la Nulidad de la afiliación de MARÍA CRISTINA PIMIENTO BARRERA al RAIS con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, ordenó a la AFP OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES el saldo que existe en la cuenta de ahorro individual de la actora, con los respectivos rendimientos, bonos y gastos de administración y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlo. Llego a esa determinación al tener en cuenta que la AFP inicial no cumplió con la carga de la prueba, citó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al respecto y recalcó que en el caso PROTECCIÓN presidió una afiliación sin siquiera cerciorarse de que hubiera existido un asesor que brindara información a la demandante para el año 1996.

Recurso de apelación

La demandada AFP OLD MUTUAL, solo presentó objeción a la condena por devolución de gastos de administración, la cual se debe revocar porque ellos no fueron solicitados en la demanda y este es un rubro que está autorizado en la ley 100/93, por lo que resulta propio de la prestación del servicio. Dijo que dada la afiliación, el Fondo debió contratar una prima de seguros y el seguro previsional destinados a cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, valores que también fueron cubiertos por la AFP SKANDIA, por lo que devolver los mismos generaría un desequilibrio a la entidad.

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

Parte demandante: Indicó que no fue asesorada en debida forma, se trasladó de AFP con la promesa de mejores rendimientos, no se le hizo una proyección de la mesada pensional, fue asaltada en su buena fe al no ser advertida de las consecuencias desfavorables del traslado, y la falta de información completa y comprensible.

Parte demandada: COLPENSIONES, solicitó se revoque la decisión como quiera que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación, alegó el principio de la sostenibilidad financiera, y que no resulta razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información que no

estaban previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, dijo que su permanencia en el RAIS es una aceptación tácita de las condiciones de afiliación y su silencio lo ratifica.

La Sociedad OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, indicó atenerse a lo resuelto en ésta instancia.

CONSIDERACIONES

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

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 2 de julio de 1996, cuando se vinculó a la AFP COLMENA, régimen dentro del cual se trasladó el 30 de agosto de 2007 a la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL (fls 162) donde está actualmente afiliada. La única decisión impartida por la Juez, que se controvierte por porte de la actual administradora, es la orden de devolver los gastos de administración, ya que frente a la validez del traslado de régimen y sus demás consecuencias, quienes integran el extremo pasivo guardaron silencio.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020,

donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez de ordenar a la AFP OLD MUTUAL de devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como ésta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo.

Ahora, es de precisar que si bien la AFP OLD MUTUAL no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen que efectuó la actora el 2 de julio de 1996, pues en esa época el traslado se efectuó con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl 25) y era a esta entidad a la que le asistía la carga de probar que suministro información veraz y suficiente, como la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen afecta todas las posibles y sucesivas afiliaciones que la demandante hiciera con posterioridad dentro del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, OLD MUTUAL debe asumir la responsabilidad de no haber verificado la legitimidad del traslado inicial, lo cual no obsta para que la AFP condenada (OLD MUTUAL) pueda repetir contra PROTECCIÓN, pues como ya se indicó fue allí donde se materializó y generó la nulidad del traslado de régimen.

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

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente AFP OLD MUTUAL. 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

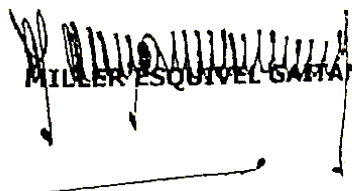
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de noviembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente AFP OLD MUTUAL. 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 GAITÁN