

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS ALEJANDRO CASTILLO OSPINA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
AFP COLFONDOS Rad. 2016 – 00542 Juz. 36**

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

LUIS ALEJANDRO CASTILLO OSPINA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 2.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 4. Nació el 14 de enero de 1956. Comenzó a cotizar al ISS desde 24 de agosto de 1988. El 27 de enero de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Colfondos. Los asesores de Colfondos, por medio de engaños lo persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado se ordenó integrar al proceso a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público como Litis Consorcio Necesario. Las demandadas contestaron de la siguiente forma:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 117 a 124. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, inexistencia del derecho y la obligación reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, carencia de causa para demandar, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en términos del escrito visible en fls. 142 a 174. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta el IBC con el cual cotizaba para el momento del traslado de régimen, la reclamación elevada ante esa entidad y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación, pago y obligación a cargo exclusivamente de un tercero.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en términos del escrito visible en fls. 267 a 271. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento del demandante.
- No formuló como excepciones de mérito.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 306 a 314. Se opuso a las pretensiones.

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

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colfondos S.A. y las posteriores afiliaciones que hizo en el RAIS y ordenó a la AFP Colfondos S.A. devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y gastos de administración. Condenó a la AFP Colfondos S.A. a devolver al Ministerio de Hacienda y Crédito Público los dineros correspondientes al Bono Pensional Tipo A Modalidad 2 que expidió y pagó a nombre del demandante de manera indexada. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Colfondos no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Consideró que como quiera que las cosas deben volver al estado inicial al que se encontraba antes del traslado de régimen deberá Colfondos devolver al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el dinero que le pagó por concepto de bono pensional.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el demandante estuvo afiliado a esa entidad entre 1999 y el año 2001 y por tanto no fue la única afiliación que tuvo en RAIS además se debe tener en cuenta que estando en este régimen alcanzó a solicitar la redención del bono pensional al cual tenía derecho.

La apoderada de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque no se demostró que se presentaron vicios del consentimiento para el momento del traslado de régimen y por el contrario lo hizo de manera libre y voluntaria suscribiendo los formularios que exige la ley, además no tenía cercana la posibilidad de pensionarse para el momento de traslado y no era beneficiario del régimen de transición, por lo tanto no se le puede aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente a la inversión de la carga de la prueba para demostrar los vicios del consentimiento. El demandante confesó en el interrogatorio de parte que previo al traslado de régimen recibió una asesoría y que conocía de algunas de las características del RAIS, que eventualmente lo que se presentó fue un error de derecho lo cual no vicia el consentimiento.

El apoderado de **Colfondos** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia en cuanto a la condena por devolución de los dineros pagados por concepto de bono pensional y que en todo caso se debería ordenar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que reciba tal concepto para evitar mora en el cumplimiento de la sentencia.

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

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

Parte demandada

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

Porvenir: Manifiesta que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria y que conforme el acervo probatorio se probó que esa entidad actuó de buena fe y conforme la legislación vigente para el momento del traslado de régimen y por el contrario no se probó la existencia de algún vicio del consentimiento para el momento del traslado.

Las otras demandadas AFP Colfondos y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se abstuvieron de presentar alegatos.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad del traslado de régimen y la orden de devolución al Ministerio de Hacienda y Crédito Público del dinero pagado por concepto del bono pensional a favor del demandante impuesta en contra de Colfondos.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 60 y 61, contentiva de la respuesta reclamación administrativa de fecha 1° de julio de 2016, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6° del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 27 de enero del 1995 cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos (fl. 317) dentro del cual se trasladó el 24 de agosto del 1999 a Colpatria hoy Porvenir y el 20 de mayo del 2001 a Colfondos a la cual se encuentra actualmente vinculado (fl. 175).

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 Colfondos no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien el actor el día 27 de enero del 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos (fl. 317), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

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

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

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

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

a) Lugar y fecha;

b) Nombre o razón social y NIT del empleador;

c) Nombre y apellidos del afiliado;

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

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

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

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

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

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

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante.

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

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

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

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

³ “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 existencia de algún vicio del consentimiento como erróneamente lo alega la apoderada de Colpensiones.

Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, ya que además de que no allegó el formulario de solicitud de vinculación inicial diligenciado por la actor y manifiesta que previo al traslado le suministró al demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, lo cual es ratificado por el demandante en el interrogatorio de parte, Colfondos no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 23 años para alcanzar la edad de pensión.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por la apoderada de Colpensiones no se subsanan por el hecho de que el actor, en el interrogatorio de parte haya confesado que suscribió el formulario de afiliación a Colfondos de forma voluntaria y que conocía de algunas características del RAIS, así como tampoco el hecho de que el Ministerio de Hacienda le haya pagado a Colfondos el valor del bono pensional al cual tenía derecho el demandante, pues estas circunstancias no se consideran suficientes para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él, tampoco lo hace el hecho de que el actor ya estando dentro de régimen de ahorro individual, decidiera cambiar en varias oportunidades de AFP, pues nótese que todo es fruto de una decisión viciada de nulidad y porque en ningún momento las acciones posteriores de una tercera entidad legitima las acciones de Colfondos.

Tampoco es valedero el argumento de la apoderada de Colpensiones según el cual, como para el momento en que se trasladó de régimen le faltaban muchos años para alcanzar su

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"

pensión y no era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no se le estaba vulnerando ningún derecho, pues la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones. Este aspecto igualmente ha sido ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

Orden de devolver el dinero pagado por concepto de Bono Pensional Tipo A Modalidad 2

Frente a la viabilidad de la orden de devolver al Ministerio de Hacienda y Crédito Público los dineros pagados por concepto de Bono Pensional Tipo A Modalidad 2, impartida en contra de la AFP Colfondos, es de indicar que tales condenas son consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual deberá además de transferir a Colpensiones todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del demandante, devolver los dineros que por efecto de la afiliación del actor al RAIS recibió de otras entidades, con el fin de restituir las cosas al estado previo al traslado de régimen, dentro del cual se encuentra el dinero que pagado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público por el bono pensional al cual tenía derecho el demandante y por el cual resulta infructuoso ordenar a esa cartera que reciba tal dinero ya que son recursos distintos a los que tiene que transferir Colfondos a Colpensiones y por tanto contrario a lo considerado por el apoderado de Colfondos no va dilatar el cumplimiento de la sentencia de primera instancia.

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).

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

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

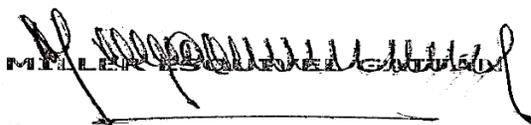
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESCOBAR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ESPERANZA QUEVEDO GARAY
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
AFP PORVENIR S.A. Rad. 2017 – 00485 Juz. 24**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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 ESPERANZA QUEVEDO GARAY demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 7 y 8.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 7. Nació el 15 de abril de 1960. Comenzó a cotizar al ISS desde enero de 1985. En el mes de abril del 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Porvenir. Los asesores de Porvenir, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. En el año 2017 Porvenir le informó que el valor de la mesada pensional sería de \$737.717 muy inferior a la que obtendría si estuviera afiliada al régimen de prima media que según sus cálculos correspondería a \$2.999.897. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 95 a 102. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico y prescripción.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 113 a 121. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y de afiliación a esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en términos del escrito visible en fls. 186 a 193. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; no acepta ninguno.
- Formuló como excepciones de mérito las de; validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

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

Recurso de Apelación

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque la demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria suscribiendo los formularios que exigía la ley y nunca lo ha tachado de falso. Sumado a que durante todos estos años no manifestó ninguna oposición o inconformidad con su afiliación al régimen de ahorro individual, además tuvo la oportunidad de trasladarse de régimen dentro de los distintos plazos establecidos en la ley, los cuales fueron informados por esa AFP a la accionante por distintos medios de comunicación. Agrega que se debe tener en cuenta que para la época en que se efectuó el traslado, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen y no se demostró ningún vicio en el consentimiento.

El apoderado de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque no se demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento de la actora para el momento del traslado de régimen y en todo caso no tenía una expectativa legítima para obtener la pensión ni es beneficiaria del régimen de transición.

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

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

Parte demandada

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

Porvenir: Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria, no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento para el momento del traslado y que conforme el acervo probatorio se probó que esa entidad actuó de buena fe y conforme la legislación vigente para el momento del traslado de régimen.

La otra demandada AFP Colfondos se abstuvo de presentar alegatos.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 71, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 23 de mayo de 2017, en la que solicita el traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 11 de agosto del 1994 cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos (fl. 194) dentro del cual se trasladó el 12 de abril del 1999 a Porvenir a la cual se encuentra actualmente vinculada (fl. 123).

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 Colfondos no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 11 de agosto del 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos (fl. 194), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

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

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

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

administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante.

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

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

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”

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

Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró a la demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, Colfondos no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 23 años para alcanzar la edad de pensión.

Omisión que en consideración de La Sala no se saneó por el hecho de que previo a faltarle menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, la demandante no efectuó ninguna gestión para buscar su traslado o por el hecho de que el año 2004 Porvenir informó de la posibilidad de traslado en un comunicado de prensa publicado en diarios de alta publicación (fls. 152 y 153), pues esta no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él, ya que si observa con detenimiento, ese comunicado de prensa nunca explica las consecuencias e implicaciones de continuar en el 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”

ni tampoco por el hecho de que permaneció más de 18 años efectuando cotizaciones sin manifestar inconformidad frente al régimen pensional, pues evidentemente tales inconformidades solo salen a flote cuando el afiliado se acerca a la edad de pensión y empieza a indagar por los términos en que le será reconocida tal prestación, derecho que en todo caso es de carácter imprescriptible.

Tampoco es valedero el argumento del apoderado de Colpensiones, según el cual, como la actora no tenía cercana la posibilidad de pensionarse, ni era beneficiaria del régimen de transición, no se le estaba vulnerando ningún derecho y que no se demostraron fehacientemente los perjuicios que le causa el traslado de régimen, pues 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 a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

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

COSTAS

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

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).

DECISIÓN

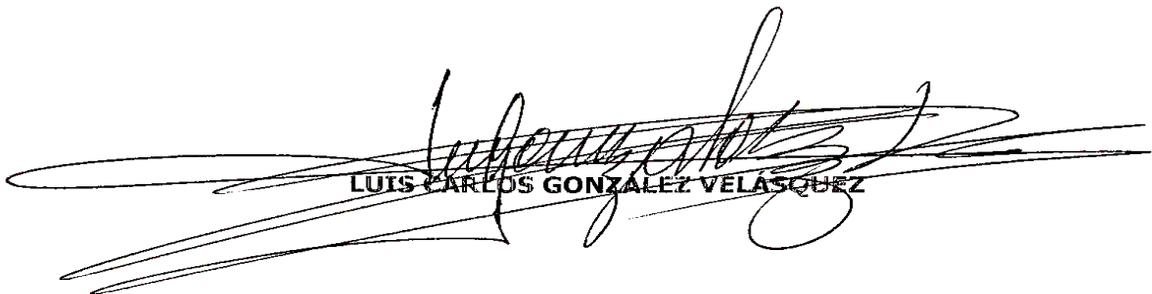
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HÉCTOR PAREDES BOLÍVAR CONTRA AFP PROTECCIÓN S.A. Y OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC Rad. 2017 – 00576 Juz. 32

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

HÉCTOR PAREDES BOLÍVAR demandó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

- Cálculo actuarial por los aportes impagos desde el 16 de agosto de 1985 al 15 de octubre de 1991, con destino a la AFP Protección.
- Indemnización moratoria.
- Indexación.
- Costas y agencias en derecho.
- Ultra y Extra petita.

Los hechos se describen a fls. 3 a 7. Existió con la empresa OXY Occidental de Colombia Inc un contrato de trabajo entre el 16 de agosto de 1985 al 15 de octubre de 1991, periodo durante el cual no lo afilió ni cotizó al sistema general de pensiones. Ha elevado múltiples solicitudes ante las demandadas y Colpensiones en aras de que se calcule y se pague el cálculo actuarial por el tiempo en que prestó servicios para Oxy pero todas han sido negadas, ante lo cual ha interpuesto varias acciones de tutela con la misma finalidad.

Actuación Procesal

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

OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC en los términos del escrito visible a fls. 241 a 271. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta los extremos de la relación laboral, la reclamación elevada ante esa empresa y las tutelas que instauró.
- Formuló como excepciones de mérito las de: inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, pago, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y abuso del derecho.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visible a fls. 281 a 285. Frente a las pretensiones manifiesta no oponerse ni allanarse.

- En cuanto a los hechos; no acepta ninguno.
- Formuló como excepción de mérito la de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso condenar a la empresa OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, a pagar el cálculo actuarial de los aportes al Sistema General de Pensiones que efectuó Protección, por el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 1985 y el 15 de octubre de 1991, de conformidad con los salarios que devengó el actor. Llegó a tal decisión luego de establecer que se demostró que el actor laboró en el periodo ya referido y que si bien para las empresas del sector de petróleos solo surgió la obligación de afiliación a sus trabajadores a pensiones hasta 1993, siguiendo los criterios de la Corte Suprema, se deben efectuar los aportes a pensión ya que la falta de regulación no genera que el empleador se sustraiga de la obligación de pagarlos, cálculo que se deberá efectuar teniendo como referencia los salarios certificados por la empresa empleadora.

Recurso de Apelación

La apoderada de la demandada Occidental de Colombia interpuso recurso de apelación porque si bien con la creación del ISS se estableció por primera vez la subrogación del riesgo de vejez, este cubrimiento resulto ser progresivo y gradual. Las empresas petroleras como la demandada fueron llamadas a inscripción con la Resolución 4250 de 1993. Por consiguiente, como el contrato de trabajo finalizó en el año de 1991 no era posible afiliarlo y pagar aportes. Agrega que ninguna disposición reguló que durante el tiempo que el empleador tuviera a su cargo el reconocimiento de pensiones, debiera guardar o provisionar los aportes para cuando fuera llamado a inscripción. Finalmente pide que si se

mantiene la sentencia, se ordene el pago de los aportes en mora y no como un cálculo actuarial pues la forma de calcular este último tiene muchas variables que no se cumplen en el presente asunto y que hacen aún más gravosa la situación de la empresa.

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

Parte demandante: Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que era obligación del empleador hacer los aprovisionamientos de capital necesario para responder por los aportes a pensión que en su momento no hizo al Instituto de Seguros Sociales.

Parte demandada

Occidental de Colombia LLC: Reitera en su totalidad los fundamentos de la apelación y ante lo cual solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Existencia del contrato de trabajo

No se controvierte en esta instancia que entre el demandante y la empresa demandada Occidental de Colombia LLC existió un contrato de trabajo en las fechas ya indicadas. Así se corrobora con la copia de la certificación laboral expedida por la esta empresa y así lo acepta expresamente al contestar la demanda (fls. 25, 242 y 272).

Obligación de afiliar al extinto Instituto de Seguros Sociales

El artículo 1° del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y para los trabajadores que presten sus servicios en empresas del sector oficial, siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal. Obligación que no fue inmediata, por cuanto se hizo de manera paulatina mientras el ISS extendió su cobertura en el territorio nacional. La Resolución 4250 de 1993 emanada de la Dirección de ese Instituto con vigencia a partir del 1° de octubre de 1993, establece el inicio de *"inscripción en el régimen de los seguros sociales obligatorios de los diferentes riesgos entre ellos el de vejez, para las personas naturales y jurídicas de derecho privado y sus contratistas independientes y para los trabajadores de los citados empleadores que se dediquen a las actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados, y gas natural en su exploración, explotación, refinanciación, transporte, distribución y venta"*; sin que existiera la obligación de afiliación

previo a tal regulación y consecuentemente, el reconocimiento de las prestaciones continuaban en cabeza del empleador.

Es claro que en la época en que el demandante prestó sus servicios para Occidental de Colombia LLC, no existía obligatoriedad de afiliación al extinto Instituto de Seguros Sociales¹; por lo que en principio se podría decir que los tiempos laborados por Paredes Bolívar, anteriores al 1º de octubre de 1993, no son computables para una pensión del sistema general, por cuanto no se estableció una afiliación forzosa y no se podría predicar una omisión atribuible al empleador.

No obstante, contrario a lo alegado por la apoderada de Occidental, los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, dispusieron la obligación de efectuar la provisión de capital necesario para el cumplimiento de los aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales en los casos en los que la entidad asumiera la obligación pensional, razón por la que pese a que el llamado de afiliación a la seguridad social se hizo de manera paulatina y en este caso acaeció hasta el 1º de octubre de 1993, ello no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, por cuanto lo único que se prorrogó en el tiempo fue la transferencia de las cotizaciones al ISS.

Sobre el particular, es del caso señalar que la jurisprudencia de la Máxima Corporación Laboral en recientes pronunciamientos ha sostenido que *“no por el hecho de haberse omitido la afiliación del trabajador a la seguridad social por falta de cobertura dentro de una determinada zona laboral”*, le resulta válido al empleador beneficiado con tal situación, sustraerse de efectuar los aportes correspondientes, porque tal y como lo sostiene la tesis expuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL41745 de 16 de julio de 2014, donde por mayoría se varió el criterio, dada la nueva composición de la Sala, al empleador se le impone la obligación de pagar el cálculo actuarial en el periodo en el que no se había subrogado al ISS, que fue lo que aconteció en el sub lite.

Este criterio jurisprudencial es el que se mantiene vigente, verbigracia en la SL7251 del 4 de febrero de 2015 Rad. 45.944 y SL8647 de 1º de julio de 2015 radicado 59027 y además hace parte del consolidado por el máximo órgano de cierre, entre otras, en sentencias de Radicación 33.380 de 7 de octubre de 2008, 42.398 de 20 de marzo de 2013, el cual acoge esta Sala, al margen de que en sentencias proferidas con anterioridad, La Corte razonó de manera distinta.

¹Artículo 2º de la Resolución 4250 de 1993: La inscripción a que se refiere el artículo 1º de esta Resolución se efectuará en las zonas geográficas en donde el Instituto haya extendido cobertura y llamado a inscripción

En ese orden de ideas, así el llamado a inscripción de la compañía demandada se haya hecho solo hasta el 1° de octubre de 1993, la empresa debía hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello garantizar su derecho a la seguridad social, como lo prescribió el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, obligación que no se elimina por el hecho de que el contrato de trabajo en virtud del cual presto sus servicios a la demandada, haya finalizado 15 de octubre de 1991, es decir antes de que se hiciera el llamado a la demandada a la afiliación obligatoria de sus trabajadores, pues exigir la vigencia para el momento de surgir la obligación sería atentar contra el derecho a la seguridad social de los trabajadores, aspecto que igualmente ha sido estudiado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al resolver un asunto en contra de una empresa del sector de petróleos, sentencia SL3892-2016 del 2 de marzo de 2016 con Radicación 45209².

Así las cosas, como quiera que la demandada en virtud del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 estaba obligada a efectuar los provisionamientos respectivos a fin de garantizar las cotizaciones a pensión del señor Paredes Bolívar, es la razón por la que esta Sala de decisión **confirmará** la sentencia impugnada. Pero de ninguna manera significa la asunción de pensión alguna a cargo del empleador y como es Protección la entidad en donde se encuentra afiliado el demandante, es la que debe realizar el cálculo actuarial y recibir el pago por parte de la empleadora, como bien lo dispuso la juez A quo.

Viabilidad del Calculo Actuarial

Frente a la obligación de liquidar el cálculo actuarial, encuentra la Sala que los aportes a pensión que omitió pagar Occidental, necesariamente deben ser entregados mediante un bono o título pensional que se debe liquidar previo cálculo actuarial que haga el fondo de pensiones al cual está afiliado el demandante, pues solo bajo tal procedimiento (Decreto 1887 de 1994 artículo 2³ y sts) se garantiza que los aportes sean representativos y ayuden a financiar en valores actuales y reales la eventual pensión que se le reconozca al actor por

² "Así las cosas, fuerza concluir por la Sala que el empleador debe reconocer esos tiempos de servicios con el valor correspondiente del cálculo actuarial, en los términos del literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, el cual se mantuvo igual luego de la reforma introducida por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, sin que deba tenerse en cuenta si el contrato de trabajo estaba vigente o no a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, puesto que esta condición atenta contra los derechos adquiridos, reconocidos no solo de manera genérica en el artículo 58 de la Constitución, sino de forma específica en cuanto a la seguridad social con la reforma introducida al artículo 48 ibídem por el A.L. 01 de 2005, cuando señala que «en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos». Además, que esta reforma añadió al contenido normativo del artículo 48 superior el principio de efectividad de las cotizaciones y los tiempos laborados"

³ **Artículo 2° Valor de la reserva actuarial.**

El valor correspondiente a la reserva actuarial que de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior debe trasladarse al Instituto de Seguros Sociales, será equivalente al valor que se hubiere debido acumular durante el período que el trabajador estuvo prestando servicios al empleador hasta el 31 de marzo de 1994, para que a éste ritmo hubiera completado a los 62 años de edad si es hombre o 57 años si es mujer, el capital necesario para financiar una pensión de vejez y de sobrevivientes por un monto igual a la pensión de vejez de referencia del trabajador de que trata el artículo siguiente.

parte de Protección, lo cual no se conseguiría si tan solo se efectuara el pago de los aportes omitidos.

Son suficientes las anteriores razones para confirmar la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de la alzada estarán a cargo de la parte demandada Occidental de Colombia LLC. Fíjese la suma de \$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 Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de marzo de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de la alzada estarán a cargo de la parte demandada Occidental de Colombia LLC. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESCOBAR EL GUZMÁN

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 DEL PILAR RIVEROS LUQUE
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2018 – 00438 Juz. 09**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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 DEL PILAR RIVEROS LUQUE demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 39 a 45.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 34 a 39. Nació el 20 de agosto de 1965. Comenzó a cotizar al ISS desde el 10 de junio de 1994. En el mes de junio de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Porvenir. Los asesores de Porvenir, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez, ni le hicieron una proyección de cuanto sería su pensión en cada régimen. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 103 a 110. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y del traslado de régimen y las reclamaciones elevadas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 112 a 123. Se opuso a las pretensiones.

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

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, pues se limitó a allegar copia del formulario de afiliación, reuniendo así todos

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

Recurso de Apelación

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

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

Parte demandante: Esta parte se abstuvo de presentar alegatos.

Parte demandada

Colpensiones: Además de reiterar los fundamentos de la apelación indica que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez sumado a que la demandante no aprovechó las oportunidades que le dio la ley para regresar al régimen de prima media, además esto puede afectar la sostenibilidad del régimen de prima media.

Porvenir: Indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria y que conforme el acervo probatorio se probó que esa entidad actuó de buena fe y conforme la legislación vigente para el momento del traslado de régimen.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la condena en costas proferida en contra de Colpensiones, sin que sea viable conocer en el grado jurisdiccional de consulta las demás condenas pues se circunscriben únicamente a la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, la cual solo le compete y afecta a la AFP Porvenir quien no manifestó alguna inconformidad frente a ese aspecto.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 26 a 28, contentiva de la respuesta a la reclamación administrativa de fecha 15 de mayo de 2018, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 25 de junio de 1997, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir (fls. 81).

Condena en Costas a Colpensiones

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

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

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

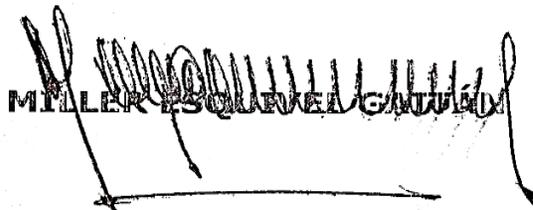
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 NUBIA ISABEL ACERO CÉSPEDES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2018 – 00439 Juz. 19

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

NUBIA ISABEL ACERO CÉSPEDES demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 7 y 8.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 7. Comenzó a cotizar al ISS desde el septiembre de 1981. El día 1º de septiembre del 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Protección. Los asesores de Protección, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 77 a 84. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de afiliación al ISS y del traslado de régimen y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en términos del escrito visible en fls. 99 a 106. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha del traslado de régimen y que actualmente se encuentra afiliada a esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito las de; validez de la afiliación a Colmena hoy Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Protección S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y gastos de administración. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Colmena hoy Protección no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es, ilustrando suficientemente a la afiliada sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Protección** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el demandante en el interrogatorio de parte confesó que el asesor le

informó sobre las características del RAIS y que conocía de algunas características del regímenes pensionales y que coincide con la fecha en que ingresó a laborar para la misma AFP Colmena. No resulta proporcional la orden de devolver los gastos de administración porque se hacen por disposición legal y no se puede imponer como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen la cual solo debe generar el regreso al régimen de prima media y que en todo caso bajo tal supuesto se debería ordenar a la demandante a devolver los rendimientos que recibió mientras estuvo afiliada al RAIS ya que nunca los hubiera recibido permaneciera en Colpensiones.

El apoderado de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia porque la demandante confesó en el interrogatorio de parte que recibió capacitación frente a las características de los regímenes pensionales y por tanto no se puede considerar una afiliada lega, además afirmó que sabía de la posibilidad de realizar aportes voluntarios y que se debe tener en cuenta que la ineficacia del traslado puede llegar a afectar la sostenibilidad del régimen de prima media pues el reconocimiento de una pensión a la demandante va descapitalizar el sistema porque sus ahorros en RAIS no serían suficientes para financiar su pensión. Agrega que la accionante no aprovechó las oportunidades legales para regresar al régimen de prima media. Se debe ordenar transferir los aportes junto con los dineros retenidos por concepto de gastos de administración pues al no cumplir con sus obligaciones de asesoría deben volver las cosas a un estado como si nunca se hubiera trasladado.

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

Parte demandante: Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección al momento del trasladó de régimen, lo cual se acompasa con los múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia.

Parte demandada

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

La otra demandada AFP Protección se abstuvo de presentar alegatos.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 28, contentiva de la respuesta a la reclamación administrativa de fecha 11 de julio de 2018, en la que solicita el traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 18 de agosto de 1999, cuando solicitó su vinculación a la AFP Colmena hoy Protección (fls. 108).

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 Colmena hoy Protección no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 18 de agosto de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colmena hoy Protección (fl. 108), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante.

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

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

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”

implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora hacia la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP Protección, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró a la actora una información general donde explicaban los beneficios del régimen, la cual según se logró determinar con el interrogatorio de parte, Protección no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 21 años para alcanzar la edad de pensión.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por el apoderado de Colpensiones, no se subsanan por el hecho de que previo a faltarle menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, la demandante no buscó su traslado, o por el hecho de que la demandante reconociera en el interrogatorio de parte que previo al traslado recibió una asesoría por parte de la AFP Colmena hoy Protección y que por haber ingresado a laborar

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”

a esa misma entidad recibió una capacitación sobre las características de los regímenes pensionales, pues esas situaciones no se consideran suficientes para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él y por el contrario lo que demuestra es la poca preparación que reciben los asesores de este tipo de entidades y en todo caso la demandante también aclaró que por haber ingresado a laborar para la misma tuvo que afiliarse a esa misma entidad lo cual es una práctica común.

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

Así las cosas, es evidente para esta Sala que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración

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

obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo.

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

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 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) como agencias en derecho para cada una.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESCOBAR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NEILA PATRICIA VILLAMIL ULLOA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2018 – 00552 Juz. 16

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

NEILA PATRICIA VILLAMIL ULLOA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 44.

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

Los hechos de la demanda se describen a fl. 43. Comenzó a cotizar al ISS desde el 1º de noviembre de 1982. El 13 de enero de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Porvenir. Los asesores de Porvenir, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 76 a 82. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de afiliación al ISS y del traslado de régimen y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación y buena fe.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 90 a 96. Se opuso a las pretensiones.

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

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, pues se limitó a allegar copia del formulario de afiliación, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque la demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria suscribiendo los formularios que exige la ley el cual nunca fue tachado de falso. Agrega que eventualmente lo que se presentó fue una nulidad relativa la cual fue saneada por la demandante durante todos estos años con sus aportes. Y que se debe tener en cuenta que para la época en que se efectuó el traslado, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen y en todo caso se debe revocar la condena en costas porque no es procedente.

La apoderada de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque la actora para el momento del traslado de régimen no tenía una expectativa legítima para obtener la pensión ni es beneficiaria del régimen de transición y que en todo caso confesó en el interrogatorio de parte que conocía las características del RAIS e igualmente se debe revocar la condena en costas ya que esa entidad no tuvo ninguna injerencia en traslado de régimen y su vinculación es necesaria dentro este tipo de procesos y que en caso de mantenerse la condena se debe ordenar el traslado de los valores que retuvo la AFP.

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

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

Parte demandada

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

Porvenir: Manifiesta que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria y que conforme el acervo probatorio se probó que esa entidad actuó de buena fe y conforme la legislación vigente para el momento del traslado de régimen y por el contrario no se probó la existencia de algún vicio del consentimiento para el momento del traslado.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 14 a 16, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 21 de agosto de 2018, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 13 de enero del 1995 cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fls. 111).

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 tomó tal decisión la AFP Horizonte hoy Porvenir no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 13 de enero del 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fl. 111), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante.

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

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

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

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró al actor una información general donde explicaban los beneficios del régimen, lo cual es ratificado por la demandante en el interrogatorio de parte, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 25 años para alcanzar la edad de pensión.

Omisión que en consideración de La Sala no se saneo por el hecho de que la demandante reconociera en el interrogatorio de parte que previo al traslado recibió una asesoría por parte de la AFP Horizonte y conocía de las características generales del RAIS, pues esa situación no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él, ni tampoco por el hecho de que permaneció más de 20 años efectuando cotizaciones sin manifestar inconformidad frente al régimen pensional, pues evidentemente tales inconformidades solo salen a flote cuando el afiliado se acerca a la edad de pensión y empieza a indagar por los términos en que le será reconocida tal prestación, derecho que en todo caso es de carácter imprescriptible.

Tampoco es valedero el argumento de la apoderada de Colpensiones, según el cual, como la actora no tenía cercana la posibilidad de pensionarse, ni era beneficiaria del régimen de transición, no se le estaba vulnerando ningún derecho y que no se demostraron fehacientemente los perjuicios que le causa el traslado de régimen, pues 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 a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la

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"

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.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

Condena en Costas a las demandadas

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

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

COSTAS

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

DECISIÓN

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

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).

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

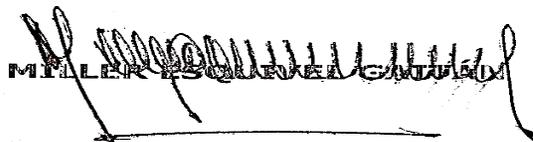
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FRANCISCO JAVIER CORAL BURGOS
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 2018 – 00590 Juz. 34**

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

FRANCISCO JAVIER CORAL BURGOS demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 65 y 66.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 64 y 65. Nació el 15 de agosto de 1955. Comenzó a cotizar al ISS desde el 1º de junio de 1982. El 1º de octubre del 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en Colfondos. El asesor de Colfondos, por medio de engaños lo persuadió para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informó el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

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

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en términos del escrito visible en fls. 99 a 117. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento y del traslado de régimen, la edad del demandante y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos y obligación a cargo exclusivamente de un tercero.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 164 a 180. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, la de afiliación al ISS y la de traslado de régimen y las reclamaciones elevadas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 200, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política) inexistencia de la obligación de la afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colfondos S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Colfondos no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para

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

Recurso de Apelación

La apoderada de **Colpensiones** interpuso recurso de para que se revoque la sentencia; porque se debe tener en cuenta que para la época en que se efectuó el traslado, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen. La ignorancia de la ley no puede servir de excusa ya que todas las características del RAIS están contenidas en la ley, lo cual eventualmente generaría un error de derecho el cual no vicia el consentimiento. Agrega que la ineficacia del traslado de régimen puede afectar la sostenibilidad financiera del sistema más cuando el demandante no efectuó cotizaciones a Colpensiones durante muchos años.

El apoderado de **Colfondos** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia frente a la orden de devolver los aportes con sus intereses pues los mismos solo proceden frente a la mora en el reconocimiento de mesadas pensionales. Agrega que se debió vincular al proceso al Ministerio de Hacienda y Crédito Publico pues podría ver afectado sus intereses frente al reintegro de lo pagado por concepto de bono pensional.

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

Parte demandante: Esta parte se abstuvo de presentar alegatos

Parte demandada

Colpensiones: Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se trasladó de manera libre y voluntaria y que conforme el acervo probatorio se puede extraer que no existió un error de hecho sino de derecho el cual no vicia el consentimiento y que en todo caso se saneo por el transcurso del tiempo.

La otra demandada AFP Old Mutual se abstuvo de presentar alegatos.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 53 y 54, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 23 de febrero de 2018, en la que solicita la nulidad del traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 28 de septiembre del 1995 cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos a la cual se encuentra actualmente vinculado (fl. 119).

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 Colfondos no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien el actor el día 28 de septiembre del 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos (fl. 119), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante.

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de 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

escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró al actor una información general donde explicaban los beneficios del régimen, Colfondos no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 22 años para alcanzar la edad de pensión.

Resulta desacertada la afirmación de la apoderada de Colpensiones al manifestar que al estar consagradas las características de los dos regímenes pensionales en la ley, no

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”

era necesario que el fondo de pensiones le explicara al demandante las implicaciones de trasladarse de régimen, pues se reitera, la exigencia de que la AFP suministre a sus afiliados una información completa y comprensible, fue inicialmente de desarrollo jurisprudencial, por la evidente complejidad del tema, a pesar del contenido de la Ley 100 de 1993 y porque en la actualidad es indudable que para que una persona pueda ser beneficiaria de las ventajas que ofrece ese régimen debe tener en la cuenta individual un saldo sumamente alto que nunca se alcanzara con los aportes regulares que hace un trabajador en su vida laboral.

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

Así las cosas, es evidente para esta Sala que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente es preciso indicar que tampoco resultan de recibo la inconformidades alegadas por el apoderado de Colfondos frente a la orden impartida por la juez frente a la devolución de los aportes puesto que en tal sentencia no se está ordenando el reconocimiento de intereses moratorios como erróneamente lo interpreta tal apoderado, lo que se ordena de forma correcta es el traslado con destino a Colpensiones de tales aportes con los respectivos intereses o rendimientos que generaron durante el tiempo que estuvo afiliado a esa entidad. Tampoco resulta de recibo la solicitud de vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al presente litigio ya que en caso de que a la fecha tal entidad haya pagado algún bono

pensional es obligación de Colfondos trasladar su valor a Colpensiones junto con aportes ya indicados, ante lo cual resulta infructuosa su vinculación.

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 Colfondos y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de febrero de 2020, 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 Colfondos y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una.

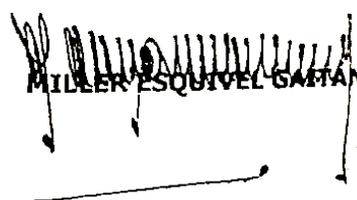
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAFTÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA ROCIO MEDINA LOZADA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, FONCEP, AFP COLFONDOS S.A. Y AFP OLD MUTUAL S.A. Rad. 2018 – 00629 Juz. 28

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

SENTENCIA

SANDRA ROCIO MEDINA LOZADA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 y 5.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 6 a 9. Nació el 20 de noviembre de 1961. Cotizó para el ISS desde el 15 de abril y el 17 de julio de 1982 y para la Caja de Previsión del Distrito desde el 30 de octubre de 1986 y hasta el 31 de diciembre de 1995. El 5 de diciembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en Colfondos, dentro del cual se trasladó a la AFP Old Mutual. Los asesores de Colfondos, por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a

una pensión de vejez. En el año 2018 Old Mutual le informó que el valor de la mesada pensional sería de \$1.938.005 muy inferior a la que obtendría si estuviera afiliada al régimen de prima media que según sus la misma entidad correspondería a \$4.416.998. Según lo informa el Foncep ante una eventual nulidad del traslado de régimen ya no podrá regresar a esa entidad pues recibe nuevas afiliaciones. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

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

El **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES -FONCEP** en los términos del escrito visible a fls. 97 a 101. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, la de afiliación al Foncep y del traslado del régimen, las reclamaciones elevadas ante esa entidad y sus respuestas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación para reconocer y pagar las pensiones de jubilación o vejez de Foncep y ausencia de la causa para solicitar traslado al régimen de prestación definida por falta de requisitos y cumplimiento de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 108 a 116. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, de afiliación al ISS y el Foncep y del traslado de régimen, las reclamaciones elevadas y sus respuestas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buen fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

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

en términos del escrito visible en fls. 133 a 142. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, las vinculaciones laborales, las semanas cotizadas, las reclamaciones elevadas ante esa entidad y sus respuestas.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en términos del escrito visible en fls. 189 a 217. Se opuso a las pretensiones.

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

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colfondos S.A. y la posterior afiliación a la AFP Old Mutual S.A. y ordenó esta última trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y gastos de administración. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Colfondos no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades, esto es; ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, pues se limitó a allegar copia del formulario de afiliación, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Traslado que deberá efectuar a Colpensiones a pesar de que para el momento del traslado de régimen se encontraba afiliada para el Foncep ya que esa entidad ya no actúa como administradora del régimen de prima media de los empleados del distrito y tal función le fue subrogada a Colpensiones.

Recurso de Apelación

El apoderado de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y proteja la sostenibilidad fiscal del régimen de prima media con prestación definida.

El apoderado de **Old Mutual** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia ya que la demandante confesó en el interrogatorio de parte que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. No resulta proporcional la orden de

devolver los gastos de administración porque esa entidad es un tercero de buena fe, la cual no tiene por qué asumir esta condena según la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ya que recibió un negocio que tenía apariencia de legalidad y que en todo caso se hacen disposición legal.

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

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

Parte demandada

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

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

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

Foncep: Indica que independientemente del resultado de la Litis no se le puede indilgar ninguna responsabilidad como consecuencia de la nulidad del traslado de régimen, por cuanto la Caja de Previsión Social del Distrito Capital que era la existente cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones en el Distrito no subsistió y fue liquidada y el Foncep no es una entidad que administre el régimen de prima media, sino que es un fondo-cuenta destinado exclusivamente al pago de pensiones.

CONSIDERACIONES

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

instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad del traslado de régimen y la orden de devolución de los gastos de administración impuesta en contra de Old Mutual.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 51 a 54, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 17 de agosto de 2018, en la que solicitó la nulidad del traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 5 de diciembre de 1995 cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos (fl. 28) régimen dentro del cual trasladó el 22 de marzo de 2001 a Skandia hoy Old Mutual vinculación que actualmente mantiene (fls. 29).

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 tomó tal decisión la AFP Colfondos no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 5 de diciembre de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos (fl. 28), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

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

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

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

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

a) Lugar y fecha;

b) Nombre o razón social y NIT del empleador;

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante.

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

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

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”

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

Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró a la demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, lo cual es ratificado por la demandante en el interrogatorio de parte, Colfondos no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 23 años para alcanzar la edad de pensión.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por el apoderado de Old Mutual no se subsanan por el hecho de que la actora, en el interrogatorio de parte haya confesado que suscribió el formulario de afiliación a Colfondos de forma voluntaria, pues esta no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él.

Del mismo modo aparece desatinada la manifestación del apoderado de Colpensiones que la ineficacia del traslado y el posterior regreso del demandante a régimen de prima media va generar una descapitalización del régimen, lo cual además de demostrar un total desconocimiento del régimen de prima media ignora que estos afiliados regresan al

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”

Colpensiones con la totalidad de aportes y los rendimientos generados en el RAIS, lo que contribuye con la financiación no solo de sus pensiones si no la de los demás afiliados al régimen de prima media y aunque eventualmente tendrá que reconocer las pensiones y/o prestaciones a que tengan derecho estos afiliados, su entrega no se hace en un solo pago sino de forma periódica y gradual, lo cual garantiza el sostenimiento del sistema piramidal de este régimen.

Así las cosas es evidente para esta Sala que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración

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

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

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de febrero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR