

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 FANNY BARRERA IBAÑEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA AFP PORVENIR S.A. - Rad. 2019 00503 01. JUZ. 17.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

FANNY BARRERA IBAÑEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 4 del expediente digital.

- Se declare ineficacia y/o nulidad del traslado de la demandante del RPM al RAIS
- Se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes de la cuenta de la demandante incluidos los rendimientos, bonos pensionales sin descuentos por concepto de administración
- Se condene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante al RPM
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 y 5 del expediente digital. La demandante nació el 4 de marzo de 1965 y empezó a cotizar al ISS el 25 de febrero de 1987 hasta el 9 de agosto de 1998 para un total de 362 semanas cuando la empresa donde laboraba Circulo de Lectores la afilió a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. sin que el asesor le suministrara las condiciones para acceder a la pensión de vejez sino que le manifestó que las condiciones de su

pensión iban a ser mucho mejores que en el ISS y el 7 de mayo de 1999 la afiliaron a la AFP COLMENA S.A. y posteriormente a PORVENIR S.A. donde ha cotizado hasta la actualidad. La demandante cuenta con 54 años cumplidos y el 26 de marzo de 2019 radicó solicitud a PORVENIR S.A. para que declarara la nulidad del traslado quien dio respuesta negativa el 3 de abril de 2019 y ante COLPENSIONES radicó reclamación con radicado 2019_4169933 quien respondió negando la solicitud.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de esta ciudad el 5 de septiembre de 2019 (fl. 61), notificadas las demandadas, a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folio 68 y siguientes del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la edad, los aportes realizados al RPM, la reclamación administrativa, la respuesta dada por COLPENSIONES y el traslado al RAIS. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visible a folios 153 y siguientes del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan
- Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Por auto del 26 de abril de 2021 se ordenó vincular a la AFP PROTECCIÓN S.A. (fl. 269 a 271) quien contestó la demanda en los términos que se observan a folios 277 y siguientes:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó el hecho relacionado con el nacimiento de la demandante y manifestó que no le constan los demás
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguros previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación porque afecta a terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el día 1º de diciembre de 2021 (fl. 530 a 531) en la que declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Declaró que el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- RAIS administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. Declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación de validar su retorno sin solución de continuidad. Ordenó a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados de dineros efectuados por otra administradora con sus frutos e intereses sin autorizar descontar gastos de administración, los cuales deberán ser devueltos y asumidos por esa entidad de su propio patrimonio. Condenó a PROTECCIÓN S.A., a devolver los gastos de administración que en su momento descontó de los valores que conformaban la cuenta de ahorro individual de la demandante, gastos de administración que deberán ser asumidos de su propio patrimonio. Ordenó a

COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos que efectúen PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., y convalidarlos en la historia laboral correspondiente y condenó en costas a las demandadas.

Llegó a esta determinación al tener en cuenta que no se demostró el cumplimiento del deber de información completa al afiliado que le permitiera decidir sobre el traslado con conocimiento de sus opciones y de su conveniencia o no; obligación que existía desde la expedición de la Ley 100 de 1993 conforme a la jurisprudencia y que al respecto le correspondía a la AFP allegar la prueba de haber suministrado la información en forma oportuna, completa y clara, tomando en cuenta todas las situaciones que afectan el derecho en términos comprensibles para la afiliada, para lo que no era suficiente el haber suscrito el formulario de afiliación para afirmar que la parte actora había recibido la información necesaria y suficiente para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Respecto al interrogatorio de parte absuelto por la demandante señaló que la información suministrada fue general y no le indicaron los riesgos que implicaba su traslado de lo que no podía concluir que se suministró información clara y concreta que le permitiera conocer el funcionamiento del RAIS, razón por la cual no se cumplieron los lineamientos de la jurisprudencia por parte de la AFP. Por lo anterior, declaró la ineficacia del acto de traslado al RAIS y ordenó el traslado de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, demás de los rendimientos y gastos de administración los que deberán asumir de su propio patrimonio las AFP demandadas y a COLPENSIONES a recibirlos. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas.

Recurso de Apelación

PORVENIR S.A. Interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que para la época en que se vinculó la demandante la obligación era la de suscribir el formulario de afiliación y la asesoría era verbal. Que de lo manifestado respecto a la supuesta falta de información se observa que es por no cumplimiento de una expectativa pensional y no porque se haya vulnerado la libertad de afiliación por lo que no procede la nulidad. Que ella se mantuvo en el régimen del RAIS y realizó traslados horizontales por lo que conforme a jurisprudencias cuando hay traslados horizontales la afiliada se ha ratificado en el traslado al RAIS. En relación con los gastos de administración señala que no es viable esta devolución por cuanto estos no están llamados a financiar el reconocimiento de la pensión y conforme al

Concepto emitido por la Superfinanciera solo se debe devolver los aportes con los rendimientos, por lo que esto constituye un enriquecimiento sin justa causa pues no existe norma que lo disponga y solicita se declare la prescripción de estos gastos.

PROTECCIÓN S.A. manifestó que se debe revocar la sentencia en relación con los gastos de administración, por cuanto estos son descuentos autorizados por la Ley, lo que faculta a la AFP para descontar el 3% para administración y primas previsionales y que por los meses en que ella estuvo vinculada a esa AFP esta comisión fue descontada pero no esta destinada a financiar la pensión y por ello no hay razón para trasladar esta comisión porque COLPENSIONES no administró esos recursos. En caso de que confirmarse la condena se estaría frente a una condena de perjuicios y en el proceso no se demostró la causación de los mismos y también porque prospera la prescripción respecto de ellos.

COLPENSIONES.- Argumenta que se desconoce que el deber de información que existía para la época se cumplía con una asesoría verbal y la suscripción del formulario de manera libre y voluntaria, por lo que el no estar soportada por escrito la información no quiere decir que no se hubiera suministrado. Que COLPENSIONES es quien debe soportar la carga de la prestación y cita una sentencia del año 2020 respecto a que el trasladó entre AFP ratifica el deseo de la actora de permanecer en el RAIS y COLPENSIONES únicamente respetó la decisión de la actora.

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

Parte demandante: Solicitó la confirmación de la decisión en razón al incumplimiento al deber de información por parte del fondo privado al momento de la afiliación de la actora, así como no haber cumplido con la carga probatoria que se le impone en este tipo de procesos.

Parte demandada:

PROTECCIÓN S.A: Guardó silencio.

PORVENIR S.A.: Reiteró los argumentos expuestos en su recurso.

COLPENSIONES: Reiteró los argumentos expuestos en su recurso.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación interpuesto por las demandadas 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*".

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 44 y 45 del expediente digital, contentivo de la solicitud elevada ante COLPENSIONES el 29 de marzo de 2019 y la respuesta negativa visible a folios 46 a 48, donde se niega la solicitud de traslado de régimen, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS porque suscribió formularios de afiliación a HORIZONTE (fl. 26) a COLMENA (fl. 28) y a PORVENIR S.A. (fl. 220), afiliación que actualmente se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo e ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP no le ofreció una asesoría clara y completa que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el demandante diligenció las solicitudes de vinculación al RAIS, con lo cual cumpliría los requisitos que consagra

el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que la afiliada era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues la aceptación de haber suscrito el formulario de manera voluntaria no acredita el conocimiento de las consecuencias del traslado; nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una información respecto al traslado. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información oportuna, veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, pues el deber de información estaba en cabeza de la AFP y por lo tanto era responsabilidad de la AFP suministrar la información necesaria.

Como la carga de la prueba se encontraba a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. les correspondía demostrar haber suministrado la información, lo que no se hizo; es decir, no se demostró haber suministrado una información respecto a la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones del traslado y la conveniencia de la eventual decisión para establecer que ganaba y que perdía con el traslado. Las demandadas se limitaron a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero no demostró si le expuso un panorama

³ *"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"*

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

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

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

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

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

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

completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar 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 20 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante no hubiera solicitado posteriormente una información, como tampoco por la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS, pues ello no acredita que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida la afiliación y así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos respecto a los actos de relacionamiento, incluso posteriores al citado por COLPENSIONES, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos." (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Respecto a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, es menester indicar que la declaratoria de ineficacia no es caprichosa por parte del A-quo; por el contrario, la jurisprudencia de la SL CSJ ha sido clara en indicar que la falta de información acarrea esta consecuencia y que el acto de reclamar o solicitar la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible, en razón a

que, no se discute en el momento beneficio económico alguno, solo se juzga el actuar correcto o incorrecto de la AFP al momento de lograr la afiliación del trabajador.

En cuanto a la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, impartida en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual las AFP deberán transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del 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 y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal o que no fueron vinculadas las aseguradoras, pues ellos corresponden al propio peculio de las AFP como consecuencia de la ineficacia del traslado y por el contrario se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin haber recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos a los gastos de administración de la cuenta de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora ni mucho menos de Colpensiones y por el contrario se evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones, por lo que tampoco pueden considerarse prescritos pues es la consecuencia de la ineficacia. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Conforme a las motivaciones anteriores se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a 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 el primero (1º) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas.- Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.** Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

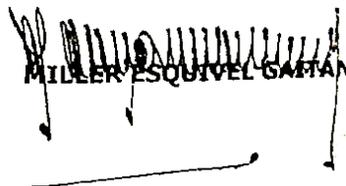
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 2020 – 00428 01 Juz. 09.

En Bogotá D.C., a los siete (07) días de julio de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior, el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a las **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **AFP COLFONDOS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 172 del archivo A1 del expediente digital.

DECLARATIVAS

- Ineficacia de la afiliación al RAIS y el posterior traslado horizontal.
- Traslado de aportes con destino a COLPENSIONES.
- Ordenar a COLPENSIONES que reciba al actor en el RPM sin solución de continuidad.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 172 a 174 del archivo A1 del expediente digital. Nació el 16 de julio de 1960, realizó cotizaciones a pensión en el extinto ISS desde el 1 de abril de 1986 hasta el 30 de septiembre de 1996 conforme al resumen de semanas de cotización. El 8 de marzo de 1995 diligenció

formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., quienes no le brindaron ningún tipo de información respecto al funcionamiento del RAIS, las posibles ventajas o desventajas de pertenecer al fondo privado y, en general, ninguna información relevante respecto del RAIS. El 31 de mayo de 2006 efectuó traslado horizontal a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., quienes tampoco le brindaron ningún tipo de asesoría respecto a su pensión ni tampoco, le indicaron la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir 52 años.

El 3 de septiembre de 2020 presentó solicitud ante COLPENSIONES para que fuera tenido como afiliado al RPM, sin embargo, el 4 de septiembre de 2020 el fondo publico rechazo la petición. De igual modo, presentó similares solicitudes a COLFONDOS y PROTECCIÓN, entidades que, en su debida oportunidad, negaron la solicitud.

La AFP PROTECCIÓN S.A. en la misma respuesta donde negó la solicitud de traslado, le efectuó una proyección pensional, en la que le indicó que su mesada en el RPM sería de \$7.300.948 mientras que en el RAIS equivale a \$4.013.720, esto, teniendo que el IBL en ambos regímenes también sufriría variaciones (\$10.037.595 en el RPM y \$13.761.433 en el RAIS).

Manifiesta que al momento de trasladarse de régimen y de realizar la posterior afiliación horizontal no le informaron que su mesada pensional en el RAIS sería por un valor muy inferior al que podía percibir en el RPM.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad el 10 de mayo de 2021 (archivo A2), notificadas las demandadas y corrido el traslado, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 598 a 621 del archivo A8 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y edad del actor, la reclamación presentada el 3 de septiembre de 2020 y la respuesta negativa.

- Formuló como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** en los términos del escrito visible a folios 268 a 284 del archivo A3 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó/o no le consta ningún hecho.
- 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 y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** En los términos del escrito visible a folios 341 a 364 del archivo A4 del expediente digital.

- Se opuso a todas las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y edad del actor, la afiliación actual a PROTECCIÓN, el estatus de afiliado, la solicitud de nulidad de traslado y proyección pensional, la respuesta negativa a la petición de traslado y la proyección realizada.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando

se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de febrero de 2022 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado y la afiliación efectuada por el actor a COLFONDOS el 8 de marzo de 1995, condenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, condenó a COLFONDOS a trasladar los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron mientras el actor estuvo vinculado a dicho fondo, así como le ordenó al fondo público recibir dichas sumas y actualizar la historia laboral.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la Jurisprudencia de la CSJ SL desde la creación de las AFP existe la obligación de informar adecuadamente a los afiliados al momento del traslado de régimen y conforme a las pruebas allegadas al expediente, así como de las respuestas dadas por el actor en su interrogatorio, el fondo privado no demostró que haya cumplido con la carga que le asistía de informar al afiliado RODRÍGUEZ SÁNCHEZ de manera completa y adecuada las ventajas y desventajas del traslado, porque, nunca tuvo oportunidad de hablar con ningún asesor de COLFONDOS al momento de trasladarse, por lo que con la simple suscripción del documento no es suficiente prueba para acreditar que se haya cumplido con el deber de información. Indicó que, el traslado horizontal efectuado por el actor tampoco convalida la falta al deber de información, por cuanto dicho deber se debe cumplir a cabalidad y no es saneable bajo ninguna actuación que realice el demandante con posterioridad.

Sobre la excepción de prescripción adujo que no procede en el caso, por cuanto se discute una situación que hace parte al derecho a la seguridad social, el cual es imprescriptible e irrenunciable. Bajo el criterio de la SL CSJ ordenó la devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional descontadas por cada uno de los fondos mientras estuvo afiliado a cada uno de ellos. Conforme las resultas del proceso, declaró no probadas las excepciones propuestas por las

demandadas y condenó en costas a COLFONDOS, fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Argumentó que no se probó la existencia de alguno de los vicios del consentimiento consagrados en el Art. 1740 del Código Civil, además, que conforme al Decreto 2240 de 2010 es deber del consumidor financiero informarse sobre el funcionamiento de las entidades a la que está afiliado. Trajo a colación un pronunciamiento de esta Corporación (2018-0445) en el que se menciona la imposibilidad de trasladarse de régimen en virtud de la prohibición de la Ley 797/2003, indicó que con la decisión de la A quo se presenta una descapitalización del sistema general de pensiones al tener que responder por prestaciones de personas que nunca estuvieron afiliados al RPM con los aportes de afiliados que si han cotizado en el sistema.

PROTECCIÓN: Expuso su inconformidad en la orden de devolver los valores descontados por gastos de administración y cuotas de seguro previsional, por cuanto considera que son descuentos autorizados por disposición legal, además son producto de la buena gestión realizada por el fondo privado, por lo cual, solo deben devolverse los aportes y rendimientos generados.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada:

PROTECCIÓN: Guardó silencio.

COLFONDOS: Guardó silencio.

COLPENSIONES: En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en su recurso.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 126 y 127 del archivo A1 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES radicada el 3 de septiembre de 2020 y la consecuente respuesta negativa del fondo público, visible a folios 128 a 130 del archivo A1, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra actualmente afiliado al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 31 de mayo de 2006 (Fl. 147 archivo A1 y 296 archivo A4), luego de haberse trasladado al RAIS administrado por COLFONDOS el 8 de marzo de 1995, tal como se denota del formulario de afiliación que reposa a folio 136 del archivo A1 del expediente digital.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP COLFONDOS S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el demandante el 8

de marzo de 1995, diligenció una solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A. (fl. 136 Archivo A1), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso COLFONDOS), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, contrario a lo que afirma COLPENSIONES, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento, como lo pretende hacer ver el apoderado de COLPENSIONES.

³ *"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"*

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

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

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

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

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

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

Nada de lo anterior demostró COLFONDOS S.A., ya que se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero, sin embargo, conforme al interrogatorio de parte absuelto por el actor, dicha afirmación es totalmente contraria a la realidad, por lo cual, la Sala cita lo declarado por el actor quien fue enfático en indicar que no estuvo ningún asesor de COLFONDOS involucrado en el traslado, que ellos diligenciaron los formularios de afiliación conforme a una manifestación de la persona encargada de recursos humanos, quien adujo que el ISS se iba a acabar, por lo que en ningún momento recibió información alguna de las consecuencias del traslado al RAIS.

Una vez verificada la declaración rendida por el actor y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que COLFONDOS no demostró que le expuso al demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó 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, es más, ni siquiera existió una asesoría incompleta por parte del fondo privado, porque, como el actor lo afirmó, el formulario de afiliación le fue entregado para firmar por parte de recursos humanos, sin mediar intervención alguna de ningún funcionario de COLFONDOS. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS ni por el traslado horizontal realizado el 31 de mayo de 2006 a SANTANDER hoy PROTECCIÓN.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al

⁵ " Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí 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.

momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

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

En cuanto la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, para lo que citó el proceso 2018-00445 sin indicar el juzgado al que correspondió o el magistrado que profirió la decisión, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba afiliado antes del traslado al RAIS.

Orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional.

Respecto a la apelación de PROTECCIÓN S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en*

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).

tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público (SL2877-2020).

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

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

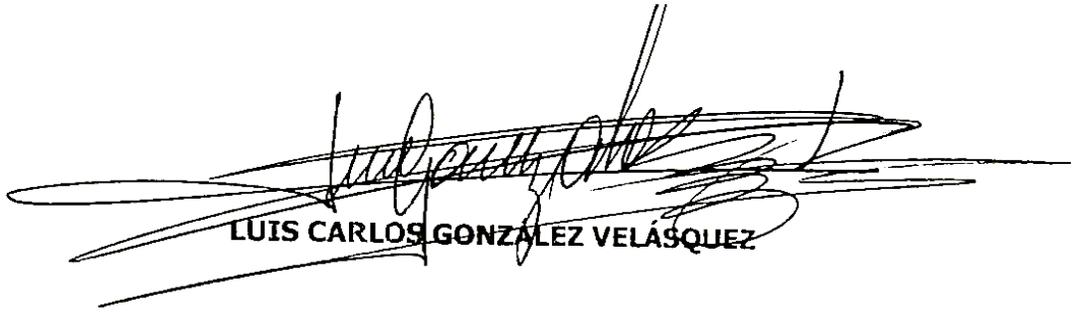
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el ocho (08) de febrero de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas.- Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

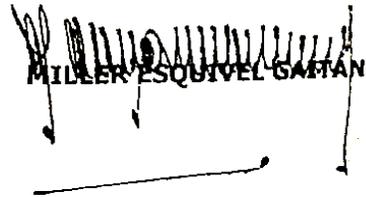
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLARA INÉS GALLEGO RUÍZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2019 – 00675 01 Juz. 32.

En Bogotá D.C., a los siete (07) días de julio de dos mil veintidós (2022), 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

CLARA INÉS GALLEGO RUÍZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 7 del archivo 1 del expediente digital.

- Nulidad de traslado del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A. efectuado en agosto de 1996 ante la omisión al deber de información
- Restituir los valores obtenidos en virtud de la afiliación, cotizaciones, bonos y rendimiento a COLPENSIONES
- Ordenar a COLPENSIONES que reciba los dineros existentes por la afiliación al RAIS y contabilizar las cotizaciones para efectos de la pensión
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 a 7 del archivo del archivo 1 del expediente digital. La demandante estuvo afiliada al ISS desde el 1º de noviembre de 1982 al 30 de marzo de 1993 y fue trasladada a la AFP PORVENIR S.A. en agosto de 1996 sin ser asesorada de manera transparente y completa sobre los

riesgos, desventajas o inconvenientes del traslado, ya que no se tuvo en cuenta su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando. La demandante mediante solicitud radicada No.2018_15692454 del once (11) de diciembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES el traslado del régimen de Ahorro individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que fue rechazado mediante comunicación del once (11) de diciembre de 2018,

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de esta ciudad el 16 de octubre de 2019 (archivo 1 fl. 92), notificadas las demandadas y corrido el traslado, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 97 y siguientes del archivo 1 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó las cotizaciones hechas al ISS, la solicitud de traslado, la respuesta negativa y manifestó que no le constan los demás hechos.
- 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 constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** En los términos del escrito visible a folios 159 a 187 del archivo 1 del expediente digital.

- Se opuso a todas las pretensiones.
- En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan.
- Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación.

Posteriormente y en audiencia de fecha 1º de octubre de 2020 se dispuso la vinculación de **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Acta archivo 05), quien una vez notificada dio contestación a la demanda conforme obra en el archivo 10.

- No se allanó ni se opuso a las pretensiones de la demanda porque no están dirigidas en su contra y se opuso a las demás
- Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda
- No presentó excepciones de mérito.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de diciembre de 2020 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante CLARA INÉS GALLEGO RUIZ a través de la AFP COLFONDOS S.A., de fecha 25 de abril de 2000, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora y a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. Ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante CLARA INÉS GALLEGO RUIZ como afiliada al RPM sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la Jurisprudencia de la CSJ SL desde la creación de las AFP existe la obligación de informar adecuadamente a los afiliados al momento del traslado de régimen y conforme a las pruebas allegadas al expediente, es claro que la actora cotizó al ISS hasta el mes de mayo de 2000 un total de 836,14 semanas y que el traslado de régimen se efectuó a través de COLFONDOS y conforme al folio 203 archivo 1 se trasladó a PORVENIR S.A. el 31 de julio del año 2000 sin tener en cuenta la situación

particular de la afiliada para ese momento. El fondo privado no demostró haber cumplido con la carga que le asistía de informar al demandante de manera completa y adecuada sobre las implicaciones del traslado de régimen, por lo que con la simple suscripción del documento no es suficiente prueba para probar que se haya cumplido con el deber de información.

En el interrogatorio de parte la demandante indicó que se había trasladado por primera vez a PORVENIR durante el turno nocturno y el representante de PORVENIR le entregó el formulario y que le dijeron que colocara la fecha en que deseaba pensionarse y no recibió ninguna charla y solo ha recibido 2 o 3 extractos durante todo el tiempo y que cuando preguntó por su situación le informaron que tendría una pensión mínima, por lo que consideró que en efecto no se dio una información clara y suficiente a la demandante lo que le permitió inferir que la situación particular de la actora no fue tomada en cuenta al momento de realizar la afiliación, deber que correspondía a la AFP, razones por las que declaró la ineficacia del traslado y la devolución de los aportes, rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Recurso de Apelación

COLFONDOS: No interpuso recurso.

COLPENSIONES: Argumentó que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad porque COLPENSIONES es un tercero y los casos jurídicos tiene efectos inter partes y por ello no puede ser perjudicada por la sentencia, por lo que solicita no se condene a COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada pues se estaría afectando el equilibrio financiero. En caso de que se confirme la sentencia se condene a las AFP a pagar a COLPENSIONES los perjuicios económicos causados

PORVENIR: Expuso su inconformidad respecto de los numerales 1, 2, y 4 de la sentencia. Argumentó que los formularios de afiliación era la prueba que se requería para la época donde no se requería dejar por escrito prueba de la información y conforme al interrogatorio de parte se le indicó a la demandante las características del régimen ya que ella no recuerda claramente las circunstancias o la información que le entregó por lo que no puede considerarse que no se le diera la información, y por lo tanto bastaba el formulario de afiliación. Que el traslado

horizontal es un acto de relacionamiento lo que permite tener información adicional, ventajas y desventajas respecto del traslado. Respecto a la condena a devolver los gastos de administración, pues no es responsable si se le generó un perjuicio a la demandante pues no fue quien hizo el traslado inicial y su labor ha sido de buena fe y ha generado rendimientos que no se generan en el RPM y la demandante estuvo cobijada por las primas de seguros durante el tiempo en que estuvo afiliada y respecto de ellos procede la prescripción.

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

Parte demandante; Hizo referencia al deber de información y su desarrollo normativo e indicó que se demostró la falta al deber por parte del fondo privado, por lo que pidió se confirme la decisión.

Parte demandada;

PORVENIR; Expuso los mismos argumentos dichos en la sustentación del recurso.

COLPENSIONES; Guardó silencio.

COLFONDOS; Guardó silencio.

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 la condena a restituir las sumas de gastos de administración y seguro previsional.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 29 a 33 del expediente digital, contentivos de la solicitud elevada ante COLPENSIONES radicadas el 2 y el 18 de noviembre de 2017 y la consecuente respuesta negativa del fondo público, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con COLFONDOS S.A. el 25 de abril de 2000 (fl. 25 archivo 5) y el traslado a PORVENIR SLAL. El 31 de octubre de 2000 (fl. 190), afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP COLFONDOS S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante diligenció una solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A. y posteriormente a PROVENIR S.A., como se indicó anteriormente, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

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

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

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

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, contrario a lo que afirman las recurrentes, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde

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

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

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

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

demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostraron las AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., ya que se limitaron a manifestar que la actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero, sin embargo, conforme al interrogatorio de parte absuelto por la actora, aunque ella no recuerda exactamente dicha afirmación, es claro que el asesor no le explicó ni ventajas ni desventajas de pertenecer al RAIS ni las condiciones para acceder a una pensión en el fondo privado, pero sobre todo que no se tuvo en cuenta cual era su situación personal frente a la pensión, pues nótese que para el momento del traslado la demandante contaba con 39 años de edad pues nació el 16 de octubre de 1969 y 836,14 semanas de cotización, es decir que había cotizado la mayor parte de las semanas requeridas para tener derecho a una pensión en ese momento, de donde se puede concluir que no le beneficiaba el traslado de régimen lo que hubiera sido claro para ella si el asesor le hubiera suministrado una información clara y suficiente para conocer las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

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

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

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

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

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

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

Una vez verificada la declaración rendida por la actora y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que las AFP demandadas no demostraron haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC y teniendo en cuenta que para entonces contaba con 836,14 semanas ya cotizadas (fl. 39 a 41), o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS o por el traslado entre AFP.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

⁵ " Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí 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).

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

En cuanto la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba afiliado antes del traslado al RAIS.

Orden de devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional.

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

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la

sostenibilidad financiera del fondo público (SL2877-2020) y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público como lo pretende en su recurso el apoderado de COLPENSIONES.

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

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, se dijo:

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

[...]

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

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

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a 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 el tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

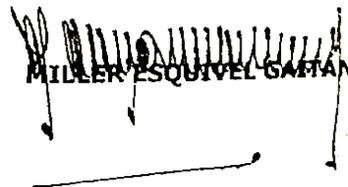
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN