República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **EVANGELINA ACOSTA FORERO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **002 Tr (027 2019 00340)** 01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 8 de junio de 2021, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara que Colpensiones debe adicionar a su historia laboral, un total de 210.35 semanas, las cuales cotizó ante su empleador, Clínica Partenón Limitada, y que reúne los requisitos necesarios para obtener una pensión de vejez.

En consecuencia, que se condenara a Colpensiones, a liquidarle y pagarle la pensión de vejez, junto con la respectiva indexación.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 30 de mayo de 2018, solicitó ante Colpensiones una pensión de vejez; que dicha prestación le fue negada mediante Resolución n.° SUB 205036 de 2018, bajo el argumento de que el empleador Clínica Partenon LTDA, no efectuó los pagos correspondientes en varios ciclos; que de forma arbitraria la demandada le desconoció un total de 210.35 semanas cotizadas, y que por ese motivo, siguió cotizando hasta la fecha en que presentó la demanda.

Sostuvo, que con la inclusión de las referidas semanas acreditaría un total de 1.376.64, más que suficientes para acceder a la pensión de vejez; que Colpensiones desatendió las obligaciones que implica la administración de la base de datos de sus afiliados, y que conforme a lo dicho en la jurisprudencia laboral, la moral del empleador en el pago de los aportes, debe ser subsanada por las administradoras de pensiones, sin que dicha situación pueda ser imputable al trabajador (f.° 3 - 7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 19 de noviembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 25).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Manifestó, que no estaba en la obligación de incluir en la historia laboral de la demandante, las 210.35 semanas que reclama, las cuales fueron cotizadas ante el empleador Clínica Fatenon Limitada, pues siempre ha obrado conforme a la normatividad vigente, en lo que respecta a su obligación legal de actualizar la historia laboral de sus afiliados.

Alegó en su favor, las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, y prescripción (f.° 28 - 52).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en sentencia de 8 de junio de 2021, declaró que la actora tenía derecho a que Colpensiones corrigiera su historia laboral, y al pago de la pensión de vejez. En consecuencia, condenó a la demandada a corregir la historia laboral de la actora, con la inclusión de 198.11 semanas, y al pago de la suma de $908.526, por concepto del retroactivo pensional causado desde el 1.° al 31 de mayo de 2021, cifra respecto de la cual autorizó a la demandada a descontar lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en

determinar si Colpensiones debía corregir la historia laboral de la actora, y de ser procedente lo anterior, establecer si le asistía el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez.

Manifestó, que a la actora le correspondía demostrar la existencia de la relación laboral con el empleador Clínica Fatenon Limitada, para corregir su historia laboral, y que ello en efecto ocurrió, con los documentos obrantes en su expediente administrativo, pues les fue dable inferir que la actora en los periodos que reclama como incorrectos en su historia laboral, laboró para la referida clínica.

Precisó, que conforme a lo dicho por nuestro máximo órgano de cierre, cuando hay mora en el pago de los aportes por parte del empleador, y al no evidenciarse la respectiva gestión de cobro por parte de las administradoras de pensiones, las últimas debían responder por las acreencias de orden pensional, pues no se podía endilgar al trabajador una carga que no le corresponde, y de contera agravarlo con el perjuicio de no acceder a la prestación económica.

Dijo, que la demandada no demostró que hubiese realizado las aludidas gestiones de cobro, o que hubiese hecho uso de las facultades coactivas establecidas en el ordenamiento jurídico, y que por dicha omisión, procedía la corrección de la historia laboral de la demandante, por lo que debían tenerse como efectivamente cotizados varios de los periodos que reclamados, esto es, un total de 198.11 semanas.

En cuanto a la pensión de vejez, concluyó que la actora reunía los requisitos establecidos en la Ley para acceder a dicha prestación, como quiera que el 19 de junio de 2015, cumplió 57 años, y acredita un total de 1499.54 semanas.

Aclaró, que el reconocimiento de la pensión de vejez sería desde

el 1.° de mayo de 2021, en tanto que la actora efectuó su ultima cotización en el sistema en abril de 2021, y que para el cálculo de la mesada pensional debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

LA PARTE DEMANDADA, solicitó que se efectuara una revisión exhaustiva de la liquidación de la prestación económica que le fue reconocida a la actora, y se rectificara el número de semanas que le fue atribuido en su historia laboral.

Dijo, que la *a quo* no tuvo en cuenta que Colpensiones incluyó la totalidad de semanas en la historia laboral de la demandante reportadas por Porvenir S.A., y que la adición de las 198 semanas que ordenó, podría implicar una multiafiliación, hecho que podría generar una doble digitación de las semanas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si para efectos pensionales es viable tener en cuenta el periodo presuntamente laborado por la demandante al servicio de la Clínica Partenón LTDA, desde 1995 a 2003, que aparentemente se registra en mora, y así proceder a determinar si le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez.

DE LA ACREDITACIÓN DEL VÍNCULO LABORAL AL MOMENTO DE CONVALIDAR EL TIEMPO COTIZADO.

Sea lo primero precisar, que sobre este tópico nuestro máximo órgano de cierre ha establecido que para contabilizar periodos registrados en mora en la historia laboral, en caso de duda frente a

la duración de la relación laboral, es ineludible acreditar la existencia del vínculo laboral durante el interregno que se pretende convalidar, "*dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas* (CSJ SL1691-2019, CSJ SL2000-2021).

Aclarado lo anterior, se tiene que en el presente caso el demandante, echa de menos en su historia laboral la totalidad de los periodos que adujo haber laborado para la Clínica PATRENON LTDA, desde a septiembre a octubre de 1995; en marzo a junio de 1996; en febrero de 1997; en noviembre y diciembre de 1998; en enero a diciembre de 1999; en junio a diciembre de 2000; en enero a junio de 2001, y en agosto de 2008, así como un total de 60.20 días, entre 1998 y el 2003.

Para comprobar tal aspecto, se observa que dentro del expediente administrativo (CD, Expediente Administrativo, f.° 45) obran los siguientes documentos:

Respuesta emitida por la Clínica Partenon a la actora, de fecha de 14 de abril de 2014, en cumplimiento del fallo de tutela emitido por el Juzgado 48 Civil Municipal, el 7 de abril de 2014, en donde se le indica a la actora que los siguientes periodos: ***i)*** 01/01/1994 al 31/10/1995; ***ii)*** 01/11/1995 al 30/11/1995; ***iii)*** 01/01/1999 al 30/09/1999; ***iv)*** 01/10/1999 al 31/12/2000; ***v)*** 01/01/2001 al 31/05/2001, y ***vi)*** 01/08/2001 al 31/08/2001, se encuentran dentro de los pagos pactados en el acuerdo de pago suscrito con el Instituto de Seguro Social, mediante la Resolución n.° 14707 de 12 de mayo de 2010 (CD, Expediente Administrativo, f.° 45).

Igualmente, se tiene una comunicación titulada *"COMPROBANTES DE PAGOS DE APORTES"*, en donde la Clínica

Partenon, le remite a la actora los comprobantes de pagos correspondientes a los aportes de pensiones de los periodos 1998 - 01, 1998 - 02, 1998 - 03, 1998 - 04, 1998 - 05, 1998 - 06, 1998 - 07, 1998 - 08, 1998 - 09, 1998 - 10, 2000 - 02, 2000 - 03, 2000 - 04, 2000 - 05, 2001 - 06, 2001 - 07, 2001 - 08, 2001 - 09, 2001 - 10, 2001 - 11, 2001 - 12, y 2014 - 04 (CD, Expediente Administrativo, f.° 45).

También, se observa que en historia laboral emitida por Colpensiones al 4 de junio de 2021, consta que la actora cuenta con 1.301.43 semanas cotizadas, en las que efectivamente no se reflejan las 198.11 semanas que ordenó la *a quo* que fueran incluidas en la historia laboral de la actora, que son los siguientes: ***i)*** ciclos 09 y 10 de 1995, que equivalen a un total de 8.57 semanas; ***ii)*** ciclos 03, 04, 05, y 06, de 1996 que equivalen a un total 17.14 semanas; ***iii)*** ciclos 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, y 12 de 1998, que equivalen a 44.14 semanas; ciclos 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11 y 12 que equivalen a 51.42 semanas; ciclos 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11 y 12 de 2000, que equivalen a 50.28 semanas; ***iv)*** ciclos 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09 y 10, que equivalen a 26.28 semanas, y ciclo 03 de 2002, que equivale a 0.28 semanas.

En los referidos periodos, se evidencia la existencia de una inequívoca relación laboral entre Evangelina Acosta Forero, y la Clínica Paternon S.A., pues a partir de septiembre de 1995, la misma fue reportada ante Colpensiones, dado que así se registra en la casilla n.° 36 [*sic*] con la novedad 'SI', que significa que hubo un registro de afiliación o de relación laboral en la entidad, y según la lectura del reporte de la historia laboral unificada, se puede concluir que en efecto, hubo una mora por parte de la Clínica Paternon S.A., por lo que la falta de cobro por parte de las Administradoras de Pensiones no pueden afectar a los trabajadores para el reconocimiento pensional (CSJ SL1624-2018, SL4539-2018, SL4892-2017 y SL2984 de 2015, entre muchas otras).

Para la validez de las cotizaciones al subsistema de pensiones, es necesario contar no solo con una afiliación válida al subsistema sino con respaldo de una relación laboral real (CSJ SL1701-2016), de ahí que, al ser evidente el nexo contractual que ató a Jairo Patiño con Renovar Ciudad S.A., y que adicionalmente, el demandante aportó las pruebas necesarias en el trámite administrativo, para que Colpensiones iniciara el correspondiente proceso de cobro, es preciso recordar que la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, así que los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio que como trabajador despliega el afiliado; y precisamente, para que pueda hablarse de *«mora patronal»* es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria (CSJ SL8082-2015, SL759-2018, SL1355 y SL3160 ambas de 2019), aspecto del cual, se repite, la parte demandante corrió con la carga probatoria para ello al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso.

Es que, al existir una afiliación por parte de la mencionada cooperativa, se traslada la obligación a cargo de Colpensiones, de velar por el cumplimiento en el pago de las cotizaciones por parte de los empleadores, para lo cual la legislación dio las herramientas necesarias a fin de obtener en forma coactiva el pago de los aportes y de los intereses de mora por el pago inoportuno de los mismos, sin que puedan trasladarse las consecuencias negativas de la omisión del empleador en el pago de los aportes, cuando la administradora no cumplió con su deber de cobro, pues el afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa (Corte Suprema de Justicia SL1624-2018), y aquí la demandada ni acreditó el motivo por el cual, a pesar de haber tenido conocimiento de todas estas situaciones aquí descritas no activó en forma interna e inmediata

esas herramientas, ni calificó incobrable la deuda en cabeza de la Clínica Paternon S.A.

En consecuencia, no se equivocó la *a quo* al ordenar incluir dentro de la liquidación de la pensión de vejez, los peridos referidos, equivalente a 198.11 semanas, que sumadas a las 1.301.43, que se registran en el último reporte allegado por Colpensiones, la demandante acredita entonces, un total de **1.499.54** semanas cotizadas en toda su vida laboral entre 1979 y 2021, lo que da lugar a **confirmar** en este aspecto, la sentencia apelada y consultada.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.

Resulta claro para esta Sala, que a la demandante le es aplicable el artículo 9.° de la Ley 797 de 2003, para estudiar la procedencia de la pensión de vejez, el cual establece:

"ARTÍCULO 9. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

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

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

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

Con la anterior claridad fáctica y normativa, no existe duda de que la demandante cumplió la edad de 57 años de edad, el 19 de junio de 2015, y el número de semanas a cumplir es 1.300, de conformidad con la Ley 797 de 2003, que efectivamente la actora cumplió, teniendo en cuenta que con la inclusión de las 198.11 semanas, acredita un total de **1.499.54.**

Ahora bien, como la última cotización efectuada por el trabajador, se reporta del 30 de abril de 2021, a partir del 1.° de mayo de la misma anualidad, debe ser reconocida la prestación, como bien lo determinó la *a quo*, por lo que sobre este punto también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

Igualmente, al efectuar las operaciones aritméticas de rigor, se pudo constatar que se calculó de forma correcta tanto el I.B.L, como el monto del retroactivo pensional adeudado, el cual también arrojó para esta sala el monto de $908.526, desde el 1.° al 31 de mayo de 2021, en tanto que la actora cotizó toda su vida laboral sobre un salario mínimo mensual legal vigente.

Finalmente, se autorizará a la administradora de pensiones demandada a realizar los descuentos por concepto de cotización al sistema general de salud, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de mayo de 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ENRIQUE PINZÓN CUESTA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A**.

EXP. 11001 31 05 **002 2020 00301 01**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, por el Juzgado 2.° Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuados a PORVENIR S.A., en consecuencia, se declaré que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES; y se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, junto con todos rendimientos causados del bono pensional, tarifas de administración, y todas las sumas adicionales con sus respectivos intereses.

Por último, solicitó que se condenara a COLPENSIONES, a computar los tiempos cotizados en el R.A.I.S. en la historia laboral actualizada del demandante junto con los I.B.C. de cada año cotizado; y que se condenaran a las demandadas en costas (Archivo 01 demanda, pág. 6-7).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 16 de diciembre de 1965; consignó en el extinto I.S.S. desde el 7 de septiembre de 1986 hasta el 31 de agosto de 1994, afirmó, que PORVENIR S.A., por medio de sus empleados persuadió al señor Pinzón Cuesta a trasladarse de régimen pensional y que se hizo efectivo el mes de septiembre de 1994.

Manifestó, que al momento del traslado no le informaron que el monto de su mesada pensional dependería del monto del capital ahorrado, ni cuáles serían los requisitos y desventajas en comparación con el régimen de prima media con prestación definida, y mucho menos, le presentaron una proyección pensional para soportar el traslado de régimen, (Archivo 01 demanda, pág. 3).

Aseveró, que el 16 de diciembre del año 2017, el señor Enrique Pinzón Cuesta cumplió 52 años de edad, fecha a la cual cesaba el tiempo para poder trasladarse de régimen a COLPENSIONES, información que omito la A.F.P. PORVENIR S.A., toda vez, que se encontraban en la obligación de comunicarse con el afiliado para poner en conocimiento dicha información y tener una debida asesoría.

Agregó, que en el fondo privado administrado por PORVENIR S.A., su mesada pensional equivaldría a un salario mínimo, en comparación a COLPENSIONES, donde obtendría una mesada pensional equivalente a $5.900.000, cifra ostensiblemente superior a la ofrecida como monto pensional en el R.A.I.S. por la A.F.P. PORVENIR S.A., por lo tanto, estable una diferencia de $3.723.144 (Archivo 01 demanda, pág. 5).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 18 de junio de 2021, solicitando su subsanación, (Archivo 03 demanda, pág. 1-3); la demanda se admitió el 22 de julio de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 05 demanda, pág. 2-3).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica (Archivo 06 demanda, pág. 11-26).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para

regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, innominada o genérica (Archivo 08 demanda, pág. 9-41)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 10 demanda, pág. 1-4).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 8 de febrero de 2022, declaró ineficaz la afiliación efectuada el 26 de agosto de 1994, ante PORVENIR S.A., como consecuencia de ello, condenó a la A.F.P. PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, más los rendimientos.

Adicionalmente, ordenó a COLPENSIONES a tener como valido la afiliación del 7 septiembre de 1986, del demandante; por último, declaró como no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condeno en costas a PORVENIR S.A. (Archivo 14 demanda, pág. 4).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que no resulta viable declarar la nulidad del traslado porque estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo tanto, quebranta la planeación en el pago de las

pensiones dentro de COLPENSIONES.

Arguyó, que COLPENSIONES debe velar por la protección en todo momento de los dineros del erario público, que son destinados a sustentar el sistema de seguridad social en pensiones, por lo tanto, prima el interés general que el particular, ya que su ahorro se hizo de forma individual, y este no ayuda a financiar las pensiones de los demás pensionados o afiliados que están afiliados en el régimen de prima media.

Por último, solicitó, realizar el pago de un cálculo actuarial, a cargo del fondo responsable del vicio o de la parte demandante, para subrayar la descapitalización del sistema, teniendo en cuenta como lo señala la sentencia SU-062 de 2010.

PORVENIR S.A., apeló la sentencia en su totalidad, argumentando que no procede aplicar la nulidad o ineficacia de traslado con base en la falta de información, por lo tanto, no era obligatorio presentar un documento adicional que el formulario de afiliación teniendo en cuenta la Circular 19 de 1998, emitida por la superintendencia financiera de Colombia.

Afirmó, que al darse una ineficacia se debe retrotraer a su estado inicial, es decir, sin que haya lugar a los rendimientos financieros o inclusive los gastos de administración, toda vez que COLPENSIONES en ningún momento administró los dineros del demandante.

Manifestó, que no es factible devolver los gastos de administración de acuerdo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, ya que tanto en R.P.M.P.D. como en el R.A.I.S. se destinan un 3% a financiar la pensión de vejez, por lo tanto, prescriben ante cualquier obligación.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 16 de diciembre de 1965 (Archivo 04 demanda, pág. 13); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 7 de septiembre de 1986 hasta el 31 de agosto de 1994, 350.4 semanas (Archivo 04 demanda, pág. 15, archivo 06 demanda, pág. 70); ***iii)*** que el 26 de agosto de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de septiembre de 1994 (Archivo 04, 288, 315, 340), y que actualmente se encuentra vinculado a PORVENIR S.A., con un total de 1.603 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de Archivo 04, pág. 15-22, Archivo 06, pág., 70-76).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con

prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *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.

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."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces,

de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y,

además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 26 de agosto de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (Archivo 04, pág. 14, Archivo 06, pág. 32, Archivo 08, pág. 219), y, que actualmente se encuentra afiliado a PORVENIR S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a (Archivo 04, pág. 14, Archivo 06, pág. 30, 32, Archivo 08, pág. 219), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y

voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> *"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."*

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o*

[1] CSJ STL8125-2020.

dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

"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 esta 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

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, "(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 26 de agosto de 1994, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso

[3] CSJ SL1688-2019.

(Archivo 04, pág. 14, Archivo 06, pág. 30, 32, Archivo 08, pág. 219), por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

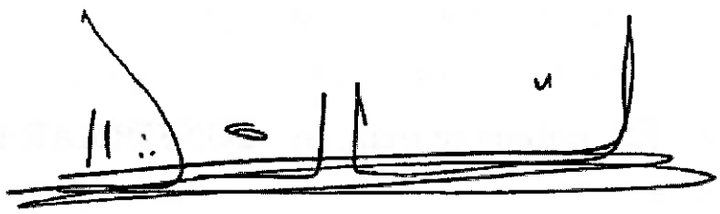
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, por el Juzgado 2.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

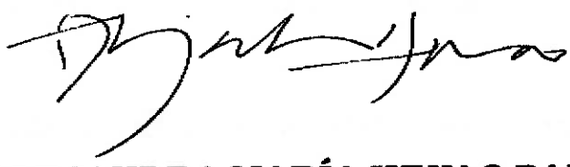
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eig_mJCs60ZDqia1PlMI1nMBJs7LJrk0pBctGGLek_uYVA?e=7nD1k9

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NICOLAS EDUARDO ESCOBAR** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A.,** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 **010 2019 00091 01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declara que estuvo afiliado al régimen de prima media desde el 26 de noviembre de 1987; y que se declarara que se trasladó de COLPENSIONES a un fondo privado, el 1.° de noviembre de 1998, como consecuencia de ello, solicitó que el formulario de afiliación del último traslado se dio por parte de la A.F.P. COLFONDOS a PORVENIR S.A.; afirmó, que se declarara probado que se agotó el trámite administrativo ante las entidades demandadas solicitando la nulidad.

Por último, que se condene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, bono pensional, intereses, junto con los rendimientos causados (Archivo 01 demanda, pág. 84).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo cobijado en el extinto I.S.S. hoy COLPENSIONES desde 26 noviembre de 1987, cuando inicio su vida laboral, y afirmó que al momento de trasladarse de régimen a un régimen privado el formulario lo diligencio un funcionario del fondo privado; arguyó, que su ultimo traslado fue de COLFONDOS S.A., a PORVENIR S.A.;

Manifestó, que se realizaron las respectivas solicitudes de nulidad de cambio de fondo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES pero la solicitud fue negada por parte de las demandadas, por lo tanto, afirmó que al momento de efectuar el traslado se le estaría vulnerando sus derechos fundamentales; al no haberle suministró información oportuna, adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias de trasladarse de régimen, ni de las desventajas que acarreaba tal acción. (Archivo 01 demanda, pág. 69).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 10 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01 demanda, pág. 88).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (Archivo 01 demanda, pág. 102-105).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, excepción genérica (Archivo 01 demanda, pág. 174-199).

COLFONDOS S.A., no contestó la demanda (Archivo 07 demanda, pág. 1).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 01 demanda, pág. 307 y 308).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 24 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado a las A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. mediante la suscripción de afiliación realizada el 1.° de noviembre de 1998, y por ende de igual forma declarar su consecuente afiliación al fondo HORIZONTE el 25 de junio de 1999, y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. el 17 diciembre de 2003, y a la A.F.P. PORVENIR S.A. el 28 noviembre de 2007; y condenó a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación del demandante.

Así mismo, condenó a PORVENIR S.A., a realizar la devolución

a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados, y así mismo a realizar la devolución de gastos y cuotas de administración que le hubiera realizado inicialmente en el fondo HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., así como los descontados durante su vinculación directa en el fondo PORVENIR S.A. con los documentos correspondientes.

Condenó a COLFONDOS S.A., hacer entrega a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos y cuotas de administración y debidamente indexadas; y declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, y condenó en costas a la A.F.P. PORVENIR S.A., COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A. (Archivo 18 demanda, pág. 3-4).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la totalidad de la sentencia, argumentando que no se puede declarar la ineficacia del traslado con la supuesta falta de información, arguyó, que le brindaron información conforme al artículo 97 del Decreto n.° 663 de 1993, una información completa, por lo tanto, no esta obligada a presentar documento diferente al de la afiliación.

Manifestó, que no está obligada a presentar los parámetros de la corte o posteriores al año 2008, ya que el traslado del demandante se dio mucho antes que dicho pronunciamiento, por lo tanto, no está en las características del régimen de transición, se entendía que con la sola suscripción del formulario de afiliación se tenía como válido al momento de traslado.

Aseveró, que no se puede declarar la ineficacia y quedo demostrado en el proceso en los alegatos de partes, de que si le brindaron una información, y por lo tanto, dio a que suscribiera el formulario de afiliación, así mismo afirmó que tanto en COLPENSIONES como en los fondos privados se descuenta un 3% a la pensión de sobre viviente y pensión de invalidez, y por ende estos gastos están sujetos de prescripción; y de no ser así estarían sujetos a un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida en primera instancia respecto de la condena a la devolución de gastos de administración y comisiones debidamente indexadas.

Argumentó que cuando se firma un contrato cualquiera de las partes asume obligaciones mutuas de dar o recibir, aseveró, que si se declarara la ineficacia el demandante se beneficiaria de un fruto propio del régimen individual denominado rendimiento financieros los cuales fueron trasladados en debida oportunidad a la administradora de pensiones PORVENIR S.A.

A causa de lo anterior, sostuvo que la condena impuesta desconoce la buna gestión administrada por parte de COLFONDOS en donde le generaron unos incrementos a la cuenta de ahorro individual del demandante, expresó, que ambos regímenes se aplica el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en donde se generan unos descuentos destinados a las aseguradoras para cubrir dichos inconvenientes; así mismo, arguyó que COLFONDOS nunca administro esos recursos si no por el contrario fue una aseguradora, en ese sentido COLFONDOS no puede devolver dineros que no cuenta con ellos.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 30 de julio de 1957 (Archivo 01 demanda, pág. 35); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 26 de noviembre de 1981 hasta el 30 de noviembre de 1998, 407 semanas (Archivo 01 demanda, pág. 37-40, 264-266); ***iii)*** que el 1.° de

noviembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de enero de 1999, (Archivo 12 demanda, pág. 1), y que luego de varias traslados horizontales entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., con un total de 1,534 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (Archivo 01 demanda, pág. 21-30, y 247-257).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso

7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *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.

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."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

> *"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."*

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 1.° de noviembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., (Archivo 12 demanda, pág. 1), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a PORVENIR S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a (Archivo 01 demanda, pág. 18, 19, 203, 245, 246, y Archivo 12 demanda, pág. 1), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> *"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son*

suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho

---

[1] CSJ STL8125-2020.

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos,

cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, "(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 1.° de noviembre de 1998, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 01 demanda, pág. 18, 19, 203, 245, 246, y Archivo 12 demanda, pág. 1), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

---

[3] CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

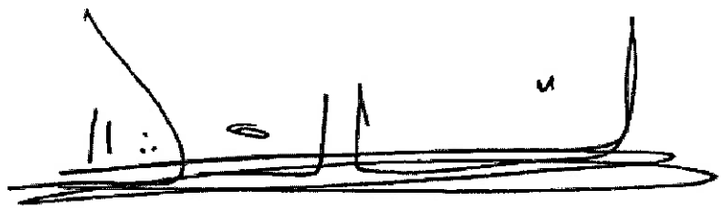
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/r/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Documents/ANAQUEL/REPARTO%20VIRTUAL/Juzg.%2010.%C2%B0%20Lab.%20Cto%20Bt%C3%A1/010%202019%2000091%2001?csf=1&web=1&e=f6O9qw

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **YOLANDA CAICEDO BARRAGAN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **COLFONDOS SA**.

EXP. 11001 31 05 **012 2020 00150 01**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 29 de octubre de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a COLFONDOS S.A., el 12 de junio de 1995, y se ordene a COLFONDOS S.A., a trasladar los aportes realizados de la demandante a COLPENSIONES, y se condene a COLFONDOS S.A., a cancelar las costas procesales, incluida las agencias en derecho, (f.°8).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 7 de octubre de 1964; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 19 de noviembre de 1984, y que el 11 de junio de 1995, se trasladó a COLFONDOS S.A., donde los asesores en continuas llamas a su trabajo, la indujeron en un error para que se trasladara de régimen, con la promesa de que, en el R.A.I.S., su pensión sería muy superior a la que le correspondería en el régimen de prima media (f.°4).

Afirmó, que el asesor de la A.F.P. le informó que le devolverían parte del capital, como excedentes de libre disponibilidad, pero no le informaron que el valor de su pensión se vería seriamente afectada al estar afiliada en un fondo privado, agregó, que su mesada pensional en COLPENSIONES, sería de $1.438.340, en comparación a COLFONDOS S.A., en donde su mesada pensional sería de $828.116.

Arguyó, que el formulario de afiliación adolece al no tener el número de identificación y fecha de nacimiento de la demandante, por lo tanto, debió ser inválida la afiliación ante COLFONDOS S.A., en consecuencia, agregó, que la adujeron en mentiras al no suministrarle una información clara, veraz, y oportuna, (6-7)

Afirmó, que en el año 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada por parte de COLPENSIONES (f.° 5).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 30 de septiembre de 2020, solicitando su subsanación, (f.°55), la demanda se admitió el 11 de diciembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 59).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de buena fe, innominada o genérica, compensación y pago, (f.° 60 CD, Archivo 01, pag. 1-14).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, (f.° 65-67).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 80).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de octubre de 2021, declaró la "ineficacia" de la afiliación efectuada el 1.° de julio de 1995, ante COLFONDOS S.A., y declaró válidamente vinculada la demandante al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, condeno a COLFONDOS S.A., a devolver a la administradora colombiana COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieran causado, por conceptos de administración durante todo el tiempo que estuvo afiliada la demandante en el régimen de ahorro individual, además condenó a COLPENSIONES, a recibir todos los valores que reintegre

COLFONDOS S.A., con motivo de la ineficacia de la afiliación de la demandante, y declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a COLFONDOS S.A., (f.° 103-104).

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 7 de octubre de 1964 (f.° 26); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 19 de noviembre de 1984 hasta el 27 de abril de 1992, 191,43 semanas (f.° 42-43); ***iii)*** que el 11 de junio de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de julio de 1995 (f.° 27, 53 CD Archivo pág. 28, 60 CD Archivo pág. 100), y que actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso

7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *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.

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."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

> *"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."*

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 11 de junio de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. (f.° 27, 53 CD Archivo pag. 28, 60 CD Archivo pag. 100) y actualmente está afiliada a COLFONDOS S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a (f.° 27, 53 CD Archivo pag. 28, 60 CD Archivo pag. 100), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> *"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."*

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la demandante y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

---

[1] CSJ STL8125-2020.

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, "(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 11 de junio de 1995, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad el 1.° de julio de 1995, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.° 27, 53 CD Archivo pag. 28, 60 CD Archivo pag. 100), por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

---

[3] CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de octubre de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurpzQpBCfdBnw_-H0Z-LUwBZhB2mOq-wDzjklD5P4BelQ?e=aUMier

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLAUDIA ROCIÓ TRUJILLO CALDERÓN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A.,** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **017 2019 00725 01**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 1.° de febrero de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a PROTECCIÓN S.A., en el mes de septiembre de 1998, por existir inoperancia debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a SKANDIA S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, realizados por la demandante; se condene a la entidad demandada a pagar las costas, así mismo, se condene ultra y extra petita (Archivo 01 expediente, pág. 5, 6).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de julio de 1962; posteriormente, consignó en el extinto I.S.S. desde el 25 de julio 1987 hasta septiembre de 1998, momento en el que fue visitado por los asesores de PROTECCIÓN S.A., para que los empleados donde laboraba se trasladaran al R.A.I.S.; afirmó, que al momento del traslado no fue asesorada o informada por la A.F.P. de manera clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente, y cierta; por lo tanto, no le informaron las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones de las ventajas y desventajas que tenía al momento del traslado de régimen (Archivo 01 expediente, pág. 6).

Aseveró, que en noviembre del 2011, se trasladó a la A.F.P. SKANDIA S.A., afirmó, que en el año del 2019, realizó la proyección del valor de su mesada pensional que obtendría en el régimen de prima media COLPENSIONES, obteniendo un valor de $3.738.558, en comparación a la mesada pensional que obtendría en la A.F.P. OLD MUTUAL de $1.041.231 (Archivo 01 expediente, pág. 6).

Agregó, que en el año 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada por parte de las A.F.P. PROTECCIÓN S.A., Y

SKANDIA S.A.; al igual que la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, negó la solicitud de traslado por parte de la demandante (Archivo 01 expediente, pág. 6-7).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de noviembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01 expediente, pág. 96).

SKANDIA S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica (Archivo 01 expediente, pág. 104, 113-114).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica (Archivo 01 expediente, pág. 179-191).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación del R.A.I.S., inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al R.A.I.S., (Archivo 01 expediente, pág. 238-251)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 01 expediente, pág. 279-280).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 1 de febrero de 2022, declaró no probada las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas; así mismo, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, declaró la vinculación del demandante ante COLPENSIONES como si nunca se hubiera trasladado al R.A.I.S., ordenó a la A.F.P. SKANDIA S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados de dineros que hubiesen efectuado las otras administradoras, todo con sus frutos e intereses, sin descontar gastos de administración; y condenó a las A.F.P. PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., devolver los gastos o comisiones de administración que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la demandante; en consecuencia, ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos efectuado por SKANDIA S.A. y los correspondientes a gastos de administración que efectúen PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.; y condenó en costas a las demandadas (Archivo 01 expediente, pág. 497).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., sostuvo que no se incurrió en una prohibición legal, al contrario, el literal b) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, la cual establece que en el régimen de ahorro individual

una destinada al pago de prima de seguros, y la otra, a financiar el fondo de solidaridad de los gastos de administración.

Aseveró, que los gastos de administración dan una clara afectación a su patrimonio económico, toda vez, que fueron rublos cobrados en su momento referente a la gestión que realizó, por lo tanto, serian dineros a cargo del patrimonio de PROTECCIÓN S.A., afirmó, que la condena en costas es improcedente, al no haber norma legal que las autorice a realizar un traslado de régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho.

PORVENIR S.A., apeló con el argumento de que revocaran la totalidad de la decisión, agregó, que a lo referido a la ineficacia de la afiliación, la demandante realizo la suscripción del formulario de manera libre y voluntaria, y lo ratifico con los traslados horizontales que tuvo en el régimen de ahorro individual.

Arguyó, que la demandante tuvo unos rendimientos en su cuenta de ahorro individual por la buena gestión por parte de PORVENIR S.A., por lo tanto, las sumas de gastos de administración no van a financiar una mesada pensional, por ende son susceptibles de prescripción, y al contrario se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES, y si dicha entidades debieron ser condenadas en costas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 15 de julio de 1962 (Archivo 01 expediente, pág. 47); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 25 de julio de 1987 hasta el 30 de septiembre de 1998, 448,71 semanas (Archivo 01 expediente, pág. 48, 49, 195); ***iii)*** que el 13 de agosto de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de octubre de 1998 (Archivo 01 expediente, pag. 253, 446), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a SKANDIA S.A., con un total de 1,573.00

semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (Archivo 01 expediente, pág. 122,151-157).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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.

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."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la

información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía

sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

> *"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."*

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el que el 13 de agosto de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., (Archivo 01 expediente, pág. 253, 446), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a SKANDIA S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles (Archivo 01 expediente, pág. 122,151-157), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> *"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y*

sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la demandante y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

---

[1] CSJ STL8125-2020.

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada SKANDIA S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, "(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Ahora bien, sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandada PROTECCIÓN S.A., respecto a la condena en costas, debe recordarse que el numeral 5.° del artículo 366 del Código General del Proceso, dispone que *«la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas»*, por lo que esta sala se encuentra inhabilitada para pronunciarse al respecto, como quiera que este no es el momento procesal oportuno para tal efecto

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 13 de agosto de 1998, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 01 expediente, pág. 253, 446), así como las

sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, SKANDIA S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

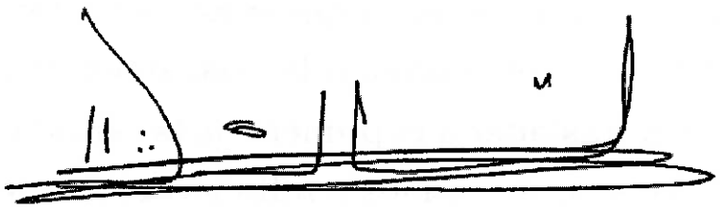
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1.° de febrero de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurpzQpBCfdBnw_-H0Z-LUwBZhB2mOq-wDzjklD5P4BelQ?e=aUMier

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CAROLINA MERCHÁN PRICE** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **017 2020 00064 01**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 13 de enero de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a PROTECCIÓN S.A., por existir un engaño al no haberse trasladado de forma libre y espontánea; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a PROTECCIÓN S.A., al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados (Archivo 01 demanda, pág. 8).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 9 de diciembre de 1963; consignó en el extinto I.S.S. desde 1984 hasta el 4 de septiembre 1996, momento en el que suscribió el formulario de afiliación sin recibir una debida información técnica y adecuada por parte de la A.F.P. COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

Adujo, que los asesores nunca le advirtieron los riesgos que existía al trasladarse de régimen, ni tampoco le advirtieron que el capital ahorrado tendría similitud a una pensión en el régimen de prima media, por lo tanto, afirmó que nunca hubo una debida asesoría en todo el tema pensional, afectando su mesada pensional a futuro.

Aseveró, que su mesada pensional en PROTECCIÓN S.A., que llegaría a obtener a los 62 años de edad equivaldría a $877.803, en comparación si estuviera afiliada al régimen de prima media administrada por COLPENSIONES obtendría una mesada pensional que ascendería a los $3.316.741; dijo, que el régimen de ahorro individual es mucho más desfavorable tanto la edad para pensionarse como el monto de la pensión (Archivo 01 demanda pág. 10).

Afirmó, que el 26 de noviembre del año 2019 solicitó la nulidad de la afiliación, pero la solicitud fue negada por parte de la A.F.P.

PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES (Archivo 01 demanda, pág. 10).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 21 de febrero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01 demanda, pág. 91).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominadas o genéricas, (Archivo 01 demanda, pág. 98-117).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito la de 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, innominada o genérica, 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, (Archivo 01 demanda, pág. 163-179).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 01 demanda, pág. 253).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de enero de 2022, declaró no probadas las excepciones de

inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas; así mismo declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a la A.F.P. ING PENSIONES Y CESANTÍAS y COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; como consecuencia de esto, declaró única afiliación válida la realizada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, ordenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados de dineros de otras A.F.P., todo con sus frutos e intereses y rendimientos, y devolver, además, los gastos de administración.

Por último, condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizar su historia laboral; absolvió la pretensión alusiva a la indemnización de perjuicios morales, y condenó en costas a las demandadas (Archivo 01 demanda, pág. 351).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló de manera parcial el numeral séptimo de la sentencia emitida en atención a la condena en costas, sostuvo, que frente al caso de la demandante se tuvo en cuenta el artículo 2.° de la Ley 797 de 2003, en el literal (e), le imposibilita tener como afiliada a la demandante, por lo tanto, en ese sentido tuvo que generar oposición en la reclamación administrativa presentada el día 26 de noviembre de 2019, por la demandante.

Afirmó, que en ese sentido la condena en costas iría en contravía ya que COLPENSIONES no tenía las herramientas para allanarse a las pretensiones de la demandante.

PROTECCIÓN S.A., apeló de manera parcial la sentencia proferida en primera instancia, solicitando la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante por comisiones de gastos de administración, afirmó que se realizó por consecuencia de una disposición legal, valida, y exequible, aplicable, y vigente, y se trata de comisiones ya pagadas durante la administración de los dineros de su cuenta de ahorro individual.

Sostuvo, que si tuviera que realizar la devolución de estos conceptos a COLPENSIONES, no debería proceder el traslado de los aportes de la demandante con todos los rendimientos financieros generados, arguyó, que al declararse la ineficacia o la nulidad del traslado la consecuencia jurídica seria que vuelvan al estado anterior, por lo tanto, los rendimientos, y las comisiones de administración y pago de seguros provisionales se generaron de la buena administración de PROTECCION S.A., por lo tanto, si vuelven a su estado anterior solo procede devolver los aportes.

Afirmó, que respecto del seguro provisional no sea obligada a devolver el mismo ya que mensual mente le pagan a una aseguradora para que en el caso de que hubiera existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia esta cubriera ese percance.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 9 de diciembre de 1963 (Archivo 01 demanda, pag. 20); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 3 de agosto de 1984 hasta el 31 de agosto de 1999, 204,43 semanas (Archivo 01 demanda, pág. 32-146); ***iii)*** que el 16 de octubre de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. ING PENSIONES Y CESANTÍAS y COLMENA S.A hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1° de diciembre de 2002 (Archivo 01 demanda, pág. 190, 193), encontrándose actualmente afiliada a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1095.72 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (Archivo 01 demanda, pág. 22-31, 219-232).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que las Administradoras de fondos de

pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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.

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."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que

la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

> *"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."*

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 16 de octubre de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. ING PENSIONES Y CESANTÍAS y COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., (Archivo 01 demanda, pág. 190, 193), y actualmente se encuentra afiliada a PROTECCIÓN S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles (Archivo 01 demanda, pág. 190, 193), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> *"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."*

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la demandante y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

---

[1] CSJ STL8125-2020.

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PROTECCIÓN S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos,

cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, "(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción*"[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Para resolver el punto de apelación propuesto por el apoderado de COLPENSIONES en lo concerniente a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 1.° del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.° ibídem, dispone que: «para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la

[3] CSJ SL1688-2019.

cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.° 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Descendiendo al caso que nos ocupa, encuentra la Sala, que las costas en primera instancia se impusieron a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., quienes resultaron vencidas en juicio, por lo que la mencionada condena realizada por el juzgador de primera instancia resulta acorde al marco normativo citado, por ello y acorde con lo indicado, es claro que hay lugar a **CONFIRMAR** a la providencia recurrida, en virtud de lo anteriormente expuesto.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 16 de octubre de 2002, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. ING PENSIONES Y CESANTÍAS y COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 01 demanda, pág. 190, 193), por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con los rendimientos financieros, así como gastos de administración por parte de PROTECCIÓN S.A. S.A. que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

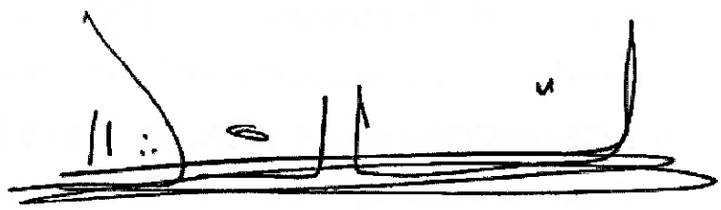
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de enero de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

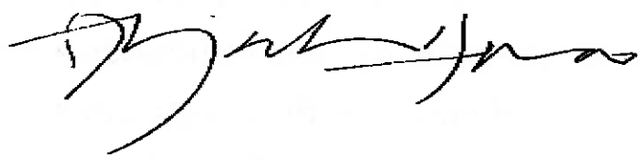
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EvIWqa5dUYhJqz4r29OrS1cBER8vbcjOp1y4mKy-D_dDgQ?e=0zf5VX

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GUSTAVO ZÁBALA PIÑERO** contra **AES CHIVOR & SIA S.C.A. E.S.P.**

EXP. 11001 31 05 **028 2018 00415** 01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 6 de mayo de 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que tiene derecho a que la demandada le reconozca una pensión convencional, por haber

acreditado 20 años de servicio antes del 31 de julio de 2010, y tener en la actualidad, 55 años de edad.

En consecuencia, que se le reconociera una mesada pensional equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios que prestó, y que la misma fuera pagada desde la fecha en que se retire de la empresa hasta la fecha en que Colpensiones asuma su pago.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que dentro de la empresa demandada existe el "Sindicato Nacional de Trabajadores CHIVOR S.A. E.S.P. "SINTRACHIVOR"; que anteriormente, la empresa se denominaba ISAGEN S.A. E.S.P., debido a su venta y por la escisión de interconexión eléctrica S.A. I.S.A.; que ello, implicó una sustitución patronal, por lo que actualmente sostiene una relación laboral con la empresa AES CHIVOR, y que para la vigencia 1994-1996, se firmó una convención colectiva, en cuyo artículo 25, se pactó la pensión convencional que reclama.

Sostuvo, que para la vigencia 2003-2005, se hizo una recopilación de las cláusulas convencionales vigentes, en donde se pactó la referida pensión convencional; que es beneficiario de dicha prestación por estar afiliado a "SINTRACHIVOR"; que para la vigencia 2016-2020, la demandada firmó un pacto colectivo, en donde se reprodujo la pensión convencional y se estableció la igualdad de derechos, y que en sentencia T-149 de 2008, la Honorable Corte Constitucional, ordenó que se aplicara el principio de igualdad, y se le otorgara a los trabajadores de la entidad demandada las mismas prestaciones de quienes suscribieron el pacto.

Agregó, que el Gobierno fue acusado ante la OIT, por "ALTECA" y "SINTRACHIVOR", debido a la afectación de las pensiones convencionales, y que ello, generó la expedición de la Recomendación

n.° 2432, la cual fue aprobada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, y ratificada por su Consejo de Administración (f.° 123 - 202).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1.° de octubre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 204).

AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P., se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Arguyó, que la norma convencional en la que el demandante soporta su reclamación de la pensión de jubilación, dejó de tener aplicación a partir del 1.° de agosto de 2010, por mandato expreso del parágrafo transitorio 3.° del Acto Legislativo n.° 01 de 2005.

Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y prescripción (f.° 245 - 257).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., absolvió a la sociedad AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si al demandante le asistía el derecho del reconocimiento y pago por parte de la demandada de la pensión convencional, establecida en el artículo 31 de la Convención Colectiva 1994-1996, correspondiente al 75% del promedio de los salarios devengados, durante el último año de servicios, a partir de la fecha en que se produjo su retiro hasta cuando le fuera reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones.

Esgrimió, que para que al actor pudiera predicar que su pensión de jubilación consistía en un derecho adquirido, tenía que haber cumplido los requisitos establecidos en la aludida convención colectiva antes del 31 de julio de 2010, tal y como lo estipuló el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo n.° 01 de 2005.

Concluyó, que ello no había ocurrido en el presente caso como quiera que el demandante cumplió la edad requerida para acceder a dicha prestación, esto es 55 años de edad, solo hasta el 15 de febrero de 2018, más de 7 años después de que la norma que contempló la pensión de jubilación desapareció del ordenamiento jurídico.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional, regulada en el artículo 31 de la Convención Colectiva de Trabajo, vigente entre 2003 y el 2005, suscrita entre la empresa CHIVOR S.A. E.S.P. y el Sindicato SINTRACHIVOR, el día 6 de abril de 2004.

En este asunto, no fue objeto de discusión que: ***i)*** el demandante nació el 15 de febrero de 1963 (f.° 2, 4); ***ii)*** que se vinculó al servicio de la empresa "Interconexión Eléctrica S.A.", el día 12 de diciembre de 1989, mediante un contrato de trabajo a término fijo, en el cargo de "Técnico Eléctrico" (f.° 3); ***iii)*** que la planta de personal de la demandada se conforma de los empleados trasladados de ISAGEN S.A. E.S.P., en su momento, en razón a su venta y antes por la escisión de Interconexión Eléctrica S.A. - ISA - a ISAGEN S.A. E.S.P. (f.° 5); ***iv)*** que desde el 9 de marzo de 2018, el actor desempeña el cargo de Operado I Central, de acuerdo con la certificación laboral obrante de f.° 5 a 6, expedida por la demandada; ***v)*** y que es miembro

del Sindicato Nacional de Trabajadores de CHIVOR S.A. E.S.P. - SINTRACHIVOR -, desde el 16 de enero de 1997, conforme con la certificación expedida por dicha organización sindical, el 31 de mayo de 2018 (f.° 8).

La Convención Colectiva de Trabajo, vigente entre 2003 y el 2005, en la que basa su derecho el demandante, obra de f.° 86 a 114 con la respectiva constancia de depósito oportuno en los términos previstos en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo (f.° 57).

Considera la Sala, que no incurrió la *a quo* en yerro alguno al negar la prestación reclamada por el actor, por cuanto según lo dispuesto en el parágrafo transitorio 3.° del artículo 1.° del Acto Legislativo 01 de 2005, los beneficios pensionales convencionales no podrían extenderse con posterioridad al 31 de julio de 2010, toda vez que la norma estableció que las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de la vigencia del acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían en vigor por el término inicialmente estipulado, sin ser procedente establecer condiciones más favorables a las que existen en la ley, entre la vigencia de dicho acto legislativo y el 31 de julio de 2010, las cuales, de cualquier modo, perderían vigencia a partir de esa fecha.

La Corte Suprema de Justicia entre muchas otras, las sentencias SL836-2018, SL1348 y SL4331 de 2019, sostuvo al respecto *que «...la expresión «término inicialmente pactado» contenida en el acto legislativo ya referido, hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes en una convención colectiva de trabajo, de manera que «si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el "término inicialmente pactado"». Esto, desde luego, se refiere a aquellos acuerdos colectivos que sean negociados por primera vez antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y cuya fecha de finalización sea ulterior a esta reforma constitucional».*

En este caso, se verifica que la pensión jubilación reclamada, fue pactada en el artículo 31 de la referida Convención Colectiva, en el que se estableció lo siguiente:

> *«Artículo 31°: Pensión de Jubilación (Artículo 25 Convención Colectiva de Trabajo 1994 - 96)*
>
> *CHIVOR S.A. E.S.P. reconocerá y pagará a los trabajadores beneficiarios de la presente Convención Colectiva de trabajo, que hayan cumplido o cumplan cincuenta y cinco (55) años de edad y veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo en entidades del sector oficial, previo el cumplimiento del respectivo trámite administrativo, una pensión de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75 %) del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios de la empresa».*

En esa medida, al analizar el texto antes citado, resulta claro que no le asiste razón al demandante, cuando solicita que se declare la causación de la prestación procurada tenga lugar al momento de que se retire de la empresa demandada, como quiera que tiene más de 28 años de servicios al servicio de ella, y ya alcanzó los 55 años de edad, en la medida en que, de lo previsto en el artículo 31 convencional, surge inequívoco, que para el reconocimiento de la pensión convencional deben converger tanto el requisito de tiempo de servicios, como el cumplimiento de la edad mínima, requisito que no se acordó como de mera exigibilidad como parece entenderlo de manera equivocada el demandante, sino de causación del derecho a la pensión de jubilación convencional, tal y como lo advirtió el juzgador de primera instancia.

Lo anterior, por cuanto en la redacción del mencionado articulado se emplea justamente la conjunción «*y*» que indica adición, suma o coexistencia de varias cosas, lo que se traduce, en este caso concreto, en la confluencia de las dos condiciones mencionadas como requisito para causar la pensión pretendida; las cuales, debían ser cumplidas antes de la expiración de las pensiones convencionales

conforme al Acto Legislativo n.° 01 de 2005, esto es, al 31 de julio de 2010, pues de lo contrario, no resulta factible hablar de la configuración del derecho, ni mucho menos de un derecho adquirido.

Así las cosas, al estar probado que el gestor cumplió la edad mínima requerida, es decir, 55 años, el 15 de diciembre de 2018, y que completó 20 años de servicios continuos o discontinuos a favor de la pasiva el 12 de diciembre de 2009, es dable colegir que, para aquel, expiró el beneficio pensional convencional cuando era solo una expectativa no consolidada, al no haberse causado el derecho con anterioridad al 31 de julio de 2010. En este caso en particular, la norma expresamente previó como requisito para su aplicación la condición de trabajador y el cumplimiento de los dos supuestos, tiempo de servicio y edad, para el reconocimiento del beneficio pensional convencional, contenido en el artículo 31 de la referida Convención Colectiva.

Es ese el alcance de lo dispuesto en el parágrafo 3.° del artículo 1.° del Acto Legislativo 01 de 2005, como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y como se desprende igualmente de la sentencia SU-555-2014, de la Corte Constitucional, en donde se ha indicado que lo que no se puede desconocer, son los beneficios extralegales **causados** antes de la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, por constituir **derechos adquiridos**; en tanto, que el otorgamiento de los que se causen en el futuro, deberán articularse o armonizarse con lo trazado en el nuevo sistema general de pensiones, que justamente, según la exposición de motivos de ese Acto Legislativo, la transición normativa garantiza las **expectativas legítimas** de aquellas personas que se encontraban cercanas al cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de jubilación, con el fin de que sus derechos no resulten frustrados, pero, que *«en todo caso»* por voluntad del constituyente, las disposiciones convencionales respecto de las pensiones de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de

expedición del mencionado Acto Legislativo, mantendrán su curso **máximo** hasta el 31 de julio de 2010.

Así, las altas cortes han encontrado justificada la limitación impuesta por el constituyente derivado, sin que se vulneren normas internacionales y, en general, las recomendaciones de la OIT, ni el derecho a la negociación colectiva, o derechos fundamentales o adquiridos (CC C-789-2002, C-147-1997, reiterada entre otras, en la C-177-2005 y SU-130-2013; CSJ SL5622, SL1408, y SL621 de 2019, y SL3962-2018); en este caso en particular, por cuanto en la fecha en la que inició vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, al actor le hacían falta más de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho convencional, es decir, contaba con una simple expectativa frente a la prestación procurada.

Con base en lo anterior, se **confirmará** la sentencia de primer grado. Sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

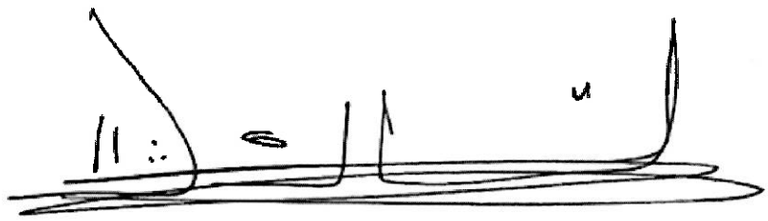
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de mayo de 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GLADYS PINTO CASTRO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **PORVENIR S.A**.

EXP. 11001 31 05 **035 2019 00541 01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2022, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a PORVENIR S.A., el 1.° de agosto de 1999; por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa, y no le permitió ejercer el derecho de retracto; en consecuencia, que se declare el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente ante la necesidad de suscripción de un consentimiento informado (Archivo 01 demanda, pág. 2).

Afirmó, que en el año 2021, solicitó el traslado de sus aportes a COLPENSIONES, pero la solicitud fue negada por parte de por la misma entidad, al encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad requerida. (Archivo 01 demanda, pág. 5).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de febrero de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 03 demanda, pág. 1-2).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica (Archivo 07 demanda, pág. 13-16).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica (Archivo 06 demanda, pág. 10-27)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 17 demanda, pág. 1-3).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado a la A.F.P. PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, ordenó a trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; y condenó a la A.F.P. PORVENIR S.A., pagar los gastos de administración conforme al tiempo que esta permaneció afiliada.

Por último, condenó a COLPENSIONES en volver afiliar a la demandante y recibir todos los aportes que hubiese afectado la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.; y condenó en costas a la A.F.P. PORVENIR S.A. (Archivo 44 demanda, pág. 2-3).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que no puede declararse una ineficacia de traslado, ni declararse la afiliación a COLPENSIONES; en la medida que se pretende invalidar un acto que no fue valido sino que produjo efectos jurídicos; además, la demandante aporto aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones con la A.F.P. PORVENIR S.A.

Afirmó, que la demandante no reúne los requisitos legales para regresar a COLPENSIONES al estar inmersa en la prohibición legal de los 10 años para regresar al sistema; arguyó, que afiliarla pondría en una situación caótica al sistema en el pago de la pensión en

relación a las personas que si vienen cotizando en el sistema.

PORVENIR S.A., Apeló con el argumento de que le brindaron una debida asesoría para la fecha del año de 1999, y fue conforme a los lineamentos del artículo 97 del Decreto n.°663 de 1993, por lo tanto, le brindaron una asesoría verbal brindándole todas las características del régimen privado; y se evidenció con la suscripción del formulario.

Aseveró, que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no se puede tomar el formulario de afiliación como un consentimiento informado, y afirmó, que para el año de 1999, PORVENIR S.A., no estaba en la posibilidad de saber del pronunciamiento que iba hacer para el año 2008 hasta la fecha, por lo tanto, para el año 1999, se simio a las características de la fecha; arguyó que la superintendencia financiera de Colombia exigía para la fecha que la única exigencia era que expresara su voluntad solo con la firma del formulario.

Manifestó, que no es factible la devolución de los gastos de administración al régimen de prima media ya que se destina el 3% a la pensión de invalidez y de sobreviviente, por lo tanto, así mismo prescriben los gastos de administración; y al no ser así estarían generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos

referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 5 de septiembre de 1960 (Archivo 01 demanda, pag. 18); ***ii)*** cotizó en el extinto Instituto de Seguros Sociales, 878 semanas (Archivo 01 demanda, pág. 20); ***iii)*** que el 24 de junio de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1° de agosto de 1999 (Archivo 07 demanda, pág. 28, 48) y que actualmente se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., con un total de 1.966 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en

la historia laboral que reposa de (Archivo 01 demanda, pág. 20-22) y la certificación de (Archivo 07 demanda, pág. 27).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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.

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."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

> *"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."*

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, 24 de junio de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (Archivo 07 demanda, pág. 28,48), y actualmente se encuentra afiliada a PORVENIR S.A., conforme el formulario de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles (Archivo 07 demanda, pág. 27, 28, 48), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> *"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."*

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la demandante y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

---

[1] CSJ STL8125-2020.

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses los rendimientos financieros que se hubieren causado, todo ello junto a

todos los valores que se hubiesen deducido por concepto de gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, "(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 24 de junio de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 07 demanda, pág. 28, 48), por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, los rendimientos financieros que se hubieren causado, todo ello junto a todos los valores que se hubiesen deducido por concepto de gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

[3] CSJ SL1688-2019.

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

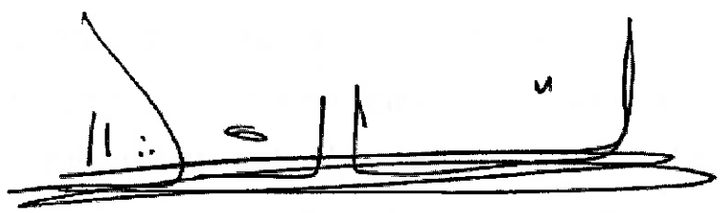
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: **https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EmLh67jigbhIij5hWJSk1zMBD3d6RfX2aw6P4tIq_Q_xAQ?e=ts4rdU**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MIGUEL GIRALDO VARGAS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **036 2019 00733** 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara la nulidad o ineficacia del traslado del demandante al R.A.I.S., y como consecuencia de ello, se condenara a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, junto con los rendimientos financieros generados y se condenara a COLPENSIONES a recibir dichos montos trasladados por parte de la A.F.P. demandada.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 14 de octubre de 1956 y estuvo afiliado al R.P.M.P.D. desde el mes de junio de 1981 hasta julio de 2003, momento en el que se trasladó al R.A.I.S., administrado por PORVENIR S.A.

Manifestó, que PORVENIR S.A. no le brindó información acerca de las diferencias, beneficios y consecuencias entre el R.A.I.S. y el R.P.M.P.D. ni acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Afirmó que la A.F.P. demandada no le informó acerca de las condiciones requeridas para pensionarse, ni del monto que debía acumular para poder adquirir el derecho a una pensión y, en general, incumplió con el deber de información que se predica de las A.F.P.

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de febrero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Carpeta 01, Archivo 01, páginas 136 y 137).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P. ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (Carpeta 03, Archivo 02, páginas 14 -18).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (Carpeta 04, Archivo 02 páginas 42-45).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Carpeta 05, Archivo 01).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 17 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante al R.A.I.S., administrado por PORVENIR S.A., el 20 de julio de 2003, como consecuencia de ello, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, todas las sumas debidamente indexadas a la fecha de su pago. De la misma forma ordenó a COLPENSIONES a recibir los aportes y actualizar la historia laboral del demandante, por último, declaró no probada las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas (Carpeta 08, Archivo audiovisual 01 y Archivo 02).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra la totalidad de la sentencia proferida en primera instancia, solicitando que esta fuese revocada, ello argumentando que la firma del formulario de afiliación por parte del demandante es completamente válida y no adoleció de ningún vicio del consentimiento, sumado a que, para el momento de la afiliación, la A.F.P. demandada cumplió con todos los presupuestos legales a la hora de realizar el acto.

Manifestó, que aunque el demandante no recibió información acerca de las características y diferencias existentes entre los regímenes pensionales, esta situación fue saneada, en tanto, el mismo, permaneció en el R.A.I.S. durante varios años, por lo que tuvo tiempo y oportunidades para informarse y retornar al R.P.M.P.D.

Arguyó, que aunque la A.F.P. demandada retorne los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, el fallo afecta la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES si esta se ve obligada a reconocer la futura pensión a la que podría acceder el demandante, por lo cual es posible aplicar la prohibición existente en el artículo 2.° de la Ley 797 de 2003.

Por último, solicitó que se revocara la condena en costas impuesta a COLPENSIONES, en la medida en que es llamada a juicio por su calidad de administradora del R.P.M.P.D. y no por una falta a sus deberes legales.

PORVENIR S.A., presentó recurso de apelación en contra de la totalidad de la sentencia emitida por el juzgador de primera instancia argumentando que no se valoró el consentimiento informado vertido por el demandante en la suscripción del formulario de afiliación, el

cual era el documento requerido para la época en la que el demandante se afilió al R.A.I.S.

Manifestó, que PORVENIR S.A. siempre garantizó el derecho al retracto del demandante; además, de que con la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional se está desconociendo la autonomía de la voluntad privada del demandante.

Arguyó, que no procede la condena a devolver los gastos de administración de acuerdo a lo estipulado en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues estos gastos se generan en ambos regímenes pensionales, y estos no forman parte de la pensión de vejez, sino que se generan como contraprestación a la labor del fondo privado en la administración de los dineros del afiliado, por ello, estos montos están sujetos al fenómeno de la prescripción; además, al ordenar la devolución de estos gastos a COLPENSIONES se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la misma al no existir norma que disponga esta devolución, y de ordenarse debe también disponerse que el demandante restituya los rendimientos financieros generados, ello en virtud del principio de restituciones mutuas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar

Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 14 de octubre de 1956 (Carpeta 01, Archivo 02, página 61); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 12 de junio de 1981 hasta el 31 de julio de 2003, 576,43 semanas (Carpeta 03, Archivo 02, páginas 20-25); ***iii)*** que el 20 de julio de 2003, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de septiembre de 2003 (Carpeta 04, Archivo 02, páginas 81-83), A.F.P. a la que actualmente se encuentra vinculado, con un total de 1557 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en la Carpeta 04, Archivo 02 , páginas 122 a 131.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento

exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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.

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."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no

puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la

administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 20 de julio de 2003, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., A.F.P. a la que se encuentra actualmente afiliado, conforme al formulario de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a folios Carpeta 04, Archivo 02, páginas 81-83, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del

Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la

---

[1] CSJ STL8125-2020.

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, todas las sumas debidamente indexadas a la fecha de su pago, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, "(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción*"[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Para resolver el punto de apelación propuesto por COLPENSIONES, en lo concerniente a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 1.° del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.° ibídem, dispone que: *«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».*

---

[3] CSJ SL1688-2019.

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.° 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Descendiendo al caso que nos ocupa, encuentra la Sala, que las costas en primera instancia se impusieron a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES., quienes resultaron vencidas en juicio, por lo que la mencionada condena realizada por el juzgador de primera instancia resulta acorde al marco normativo citado, por ello y acorde con lo indicado, es claro que hay lugar a **CONFIRMAR** a la providencia recurrida, en virtud de lo anteriormente expuesto.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 20 de julio de 2003, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Carpeta 04, Archivo 02,páginas 81-83) por lo que dicha administradora deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, todas las sumas debidamente indexadas a la fecha de su pago, que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

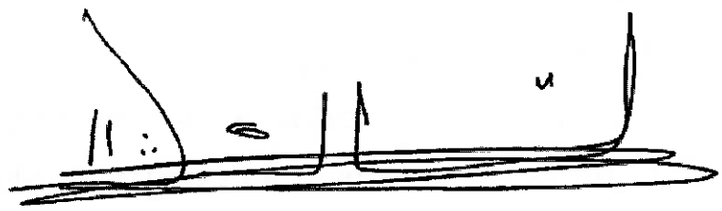
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: 036 2019 00733 01 - OneDrive (sharepoint.com)