



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: CUMPLIMIENTO ACCIÓN DE TUTELA – SENTENCIA DE REEMPLAZO
RADICACIÓN. 11001 31 05 **028 2018 00645** 01
DEMANDADO: CLAUDIA ISABEL JIMÉNEZ VEGA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

Bogotá D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ STL4400-2022, y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara nulo, o en subsidio ineficaz, el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por Colfondos S.A. el día 1.º de septiembre de 1995.

Consecuencialmente, que se condenara a Old Mutual S.A., como actual administradora de fondo de pensiones de la demandante, a entregar o restituir a Colpensiones, los valores obtenidos en virtud de su vinculación, por cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubiera causado; a Colpensiones a recibirla como afiliada y a recibir los valores obtenidos mientras estuvo en el R.P.M., que a la fecha ascienden a \$175.471.212, y a contabilizar para efectos de pensión las semanas que cotizó en el R.A.I.S., y a ambas demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Para el efecto, manifestó que estuvo afiliada al I.S.S. desde el 12 de enero de 1981; que el 1.º de septiembre de 1995, fue trasladada del R.P.M. al R.A.I.S por Colfondos S.A.; que no fue debidamente asesorada por dicho fondo respecto de los riesgos, ventajas, desventajas o sobre su situación particular en el momento del traslado, y que no le fue realizada una proyección pensional; que se vinculó a Old Mutual S.A. el 1.º de octubre de 2013, fondo al que se encuentra cotizando actualmente; y que solicitó a Colpensiones tener como ilegal, nulo, inválido o ineficaz, su traslado al R.A.I.S., con sus correspondientes consecuencias, y que en respuesta del 16 de noviembre de 2018, Colpensiones no accedió a lo solicitado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1.º de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., y La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones (f.º 84). La parte demandante, interpuso recurso de reposición contra el referido auto, y solicitó que la demanda fuera igualmente admitida contra Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías (f.º 85), por lo que, mediante proveído de 22 de febrero de 2019, la demanda fue admitida contra dicho fondo (f.º 86).

Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el origen de la acción no es el vicio del consentimiento sino la inconformidad respecto de la medida pensional que recibirá por parte de cada régimen, y que el actuar de la demandante además de afectar, vulnerar, y sobrecargar el R.P.M. es la de aprovecharse de los beneficios

y dineros del fondo común de los afiliados de buena fe que hacen parte del R.P.M. (f.º 98).

Propuso como excepciones la de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al R.P.M., prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y buena fe (f.º 105 - 108).

Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, alegando en su favor que la afiliación de la demandante al fondo no obedeció a un cambio de régimen pensional, sino a un traslado de A.F.P dentro del R.A.I.S., y por ende no generó un cambio en cuanto a la naturaleza jurídica y la normatividad que se debe cumplir para el reconocimiento de prestaciones económicas, y que los vicios de consentimiento no le son atribuibles por cuanto no intervino en el acto jurídico del traslado (f.º 133 - 134).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, también se opuso a las pretensiones de la actora por carecer de fundamento jurídico y asidero fáctico, pues no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la A.F.P. fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, y que la demandante suscribió el formulario de vinculación al R.A.I.S de manera libre, y con su consentimiento expreso. Indicó, que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y fue ratificado por más de 20 años, teniendo en cuenta que la actora no manifestó su inconformidad e intención de volver al R.P.M. dentro del plazo dispuesto para el efecto (f.º 172 - 176).

Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios de consentimiento, validez de la afiliación al R.A.I.S., ratificación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, y compensación y pago (f.º 184).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 27 de febrero de 2020, declaró la nulidad de traslado de la actora; condenó a OLD

MUTUAL S.A., para que trasladara todos los aportes pensionales o cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en su cuenta; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el R.P.M., y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a ambas demandadas.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó que se revocara la sentencia en todas y cada una de sus partes. Arguyó, que la actora en 1995, se cambió del R.P.M. al R.A.I.S., así como que en el 2003 hizo un cambio en su fondo de pensiones, lo que evidenciaba su deseo de permanecer en el R.A.I.S.

Agregó, que la verdadera inconformidad de la actora en el presente proceso, surgió por el valor de la mesada pensional que le correspondería de permanecer en el R.A.I.S.

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 si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; en los términos establecidos en la sentencia CSJ STL4400-2022 de la Sala de Casación Laboral, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que la Sala de Casación Laboral del Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, hizo referencia a la providencia SL1452-2019 y esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

De ahí que, sea importante traer a colación la sentencia CSJ SL1452-2019, en la que se reiteró otros pronunciamientos en igual sentido, proveído en que se hizo un análisis

exhaustivo respecto de la ineficacia de los traslados de regímenes pensionales en lo atinente a los siguientes aspectos, los cuales se han venido replicando en diversas sentencias de esta Sala:

(1) *[L]a obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.*

Así, en cuanto al primer punto, es decir, al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió que:

«desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)».

Para finalmente, concluir que:

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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

Respecto al segundo punto, se definió que, el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto que:

«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 (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado».

Frente al punto tercero, referente a la carga de la prueba, se expuso que:

«el artículo 1604 del Código Civil establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (...) Paralelamente, 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. (Subrayado fuera de texto).

Finalmente, en lo que corresponde al cuarto ítem, respecto de que solo es procedente la ineficacia del traslado cuando el afiliado tiene el derecho causado o es beneficiario del régimen de transición, se precisó que: «*[t]al argumento es equivocado, puesto que 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 ahí que, anotó:

«De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, 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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto».

De acuerdo a lo anterior, se encuentra acreditado dentro del plenario que:

i) la demandante nació el 3 de julio de 1961 (f.º 45); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 414.28 semanas cotizadas en el R.P.M., administrado por Colpensiones (f.º 21); **iii)** que el 1.º de septiembre de 1995, se trasladó a la A.F.P Colfondos S.A., **iv)** que el 28 de agosto de 2013, se trasladó a la A.F.P. Skandia S.A. conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 140) **v)** y que la afiliada no recibió la información suficiente previa al traslado inicial de régimen pensional que suscribió, sin que se allegara prueba por la administradora de fondos de pensiones de la información suministrada en esa oportunidad, para establecer la existencia de un verdadero consentimiento informado.

En consecuencia, de conformidad con la orden de tutela impartida y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia allí citada, había lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual, que es la consecuencia del incumplimiento del deber de información, por tanto, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo

a sus propios recursos, debidamente discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022).

Por lo expuesto, se modificará el numeral primero de la decisión en el sentido de declarar la ineeficacia del traslado de régimen pensional efectuado por Claudia Isabel Jiménez Vega; asimismo, se adicionará el numeral segundo, para ordenar también a la AFP, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y en igual sentido disponer respecto a Colfondos. Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta 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: MODIFICAR los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ STL4400 - 2022, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, los que quedarán así:

PRIMERO: DECLARAR la ineeficacia del traslado que CLAUDIA ISABEL JIMÉNEZ VEGA efectuó el 1° de septiembre de 1995 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes pensionales y saldos de la cuenta de ahorro individual de CLAUDIA ISABEL JIMÉNEZ VEGA, así como sus rendimientos financieros, y el valor descontado por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aporte pagado, para lo que se concede un término de un mes; y, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a COLPENSIONES los valores descontados sobre los aportes efectuados durante el tiempo en el que CLAUDIA ISABEL JIMÉNEZ VEGA estuvo vinculada a esa AFP, por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos

valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aporte pagado, para lo que se concede un término de un mes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ STL4400-2022, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Las Magistradas,



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



Ángela L. Murillo
ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: CUMPLIMIENTO ACCIÓN DE TUTELA - SENTENCIA DE REEMPLAZO
RADICACIÓN. 11001 31 05 **021 2018 00556** 01
DEMANDADO: MARÍA TERESA RINCÓN CADENA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

Bogotá D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL4046-2022 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que en forma principal se declare la nulidad del traslado efectuado al régimen de prima media con prestación definida con efectividad a 1.º de noviembre de 1994, ante la omisión de Porvenir S.A. [sic], del deber de información prudente, con pericia, clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general, sobre las prestaciones económicas que obtendría en el R.A.I.S., riesgos, beneficios y desventajas; de manera subsidiaria,

se declare la ineeficacia e inoperancia de los efectos de dicho traslado, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación a dicho fondo.

En consecuencia, pidió que se condene a Colfondos S.A. a restituir a Colpensiones, los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos; así mismo condenar a esta última entidad a recibir tales valores y contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el R.A.I.S. (f.º 5, 6).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que realizó aportes en el extinto I.S.S. [sic] desde el 16 de febrero de 1983 hasta octubre de 1994; el 1.º de noviembre de 1994, se trasladó a Porvenir S.A., [sic] sin que hubiera sido asesorada en forma transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones económicas que obtendría en el R.A.I.S., los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de dicho régimen, para saber si era lo que más le convenía, ni le informó qué capital debía acumular en su cuenta de ahorro individual para adquirir su derecho a la pensión, ni la posibilidad de negociar el bono pensional, tampoco le hizo proyecciones futuras; solicitó el 14 de septiembre de 2018 a Colpensiones el traslado de régimen, pero la petición fue rechazada (f.º 3-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de diciembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 80), y mediante proveído del 15 de julio de 2019, se ordenó la vinculación de Protección S.A. (f.º 149).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (f.º 90-99).

Colfondos S.A., formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación a Colfondos, y prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado (f.º 123-137).

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, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de trato sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 192-198).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 97, vto).

Mediante auto del 15 de julio de 2019 (f.º 149), el juzgado de conocimiento ordenó la vinculación de **Protección SA**, quien en respuesta a la demanda se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las denominadas: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones (f.º 159-168).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de enero de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al régimen de ahorro individual el 18 de octubre de 1994, a través de Colfondos, por lo que declaró como válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones, frutos e intereses contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin deducción alguna por gastos de administración; condenó a Porvenir S.A. y a Protección a trasladar a Colpensiones, lo descontado por concepto de gastos de administración y de traslado; a su vez, condenó a esta última entidad a activar la afiliación de la

demandante y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Colfondos S.A. (f.º 239-241).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir sostuvo que se acreditó que al momento del traslado horizontal de Colpatria a Porvenir, se le dio la información a la demandante en relación con las implicaciones del régimen pensional, conforme con el Decreto 663 y la Ley 100 de 1993, de modo que no es viable exigirle a las entidades demandadas aquí encartadas, que guardaran soporte de la prueba de la información otorgada en su momento, previo al traslado de régimen pensional, así que para la época en que la demandante se trasladó no existía disposición normativa alguna que impusiera esa obligación.

Agregó, que no es viable ordenar el traslado de los gastos de administración, ya que se desconocería la consecuencia natural de la nulidad o de la ineficacia, la cual es restaurar las cosas a su estado inicial, de manera que, se genera un enriquecimiento sin causa y un pago de lo no debido, porque es justamente la labor profesional que ejercieron las A.F.P. a través de la inversión en la bolsa, de los aportes pensionales, lo que trajo como consecuencia la generación de rendimientos que incluso pueden llegar a ser superiores a los mismos aportes, aunado a que no se debe desconocer la buena fe con la que actuaron Protección y Porvenir, que lo único que realizaron fue un traslado horizontal entre administradoras, y no un traslado de régimen pensional.

Protección en su escrito de apelación, arguyó que no se debe ordenar la devolución de comisiones de administración, ya que la demandante solo permaneció en dicho fondo durante un año, y allí no se ocasionó el traslado de régimen, y mucho menos, es la actual administradora en donde se encuentra afiliada; además, la devolución de dineros la efectuó al hacer el envío de lo que ella tenía en su cuenta de ahorro individual al afiliarse a Colfondos, por lo que en la actualidad Porvenir no cuenta con dineros a nombre de la demandante; en todo caso, la deducción respectiva se realizó con amparo en disposiciones legales exigibles, aplicables y vigentes para la época, se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante; así que no procede la devolución de los rendimientos

generados, pues precisamente los mismos fueron ocasionados por la gestión y buena administración que ejerció el fondo, y en caso de que se confirmara la nulidad declarada respecto del traslado de la demandante al R.A.I.S., las cosas vuelven al estado anterior, por lo que el fondo solo debería trasladar los aportes que se encuentren acreditados en la mencionada cuenta.

Colpensiones, apeló con el argumento de que el precedente jurisprudencial reseñado por la *a quo* no se debe aplicar de manera objetiva, sino que se debe analizar cada caso en concreto, en especial lo atinente a las expectativas legítimas que pudo haber tenido la demandante, y si se demostró un vicio en el consentimiento alegado por error; la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, y no es válido imponer a las administradoras obligaciones relacionadas con los soportes de la información, que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, lo cual desvirtúa los principios de confianza legítima, legalidad y el debido proceso; por lo que considera que la demandante no puede pretender beneficiarse de rendimientos y aportes que jamás realizó en Colpensiones, lo que en últimas resulta ser un factor de descapitalización del fondo común al poner en riesgo el futuro pago de las pensiones de las personas que por el contrario, siempre han contribuido al régimen de prima media.

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 a resolver, verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, o en su defecto,, si se tornó en ineficaz, por falta de información suficiente previa al traslado, en los términos establecidos en la sentencia CSJ STL4046-2022 de la Sala de Casación Laboral, mediante la cual se dejó sin efectos la decisión proferida el 29 de septiembre de 2020, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, actuando como sentenciador constitucional, hizo referencia a la providencia SL1452-2019, y esgrimió en sus consideraciones, que

para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

De ahí que, sea importante traer a colación la sentencia CSJ SL1452-2019, en la que se reiteró otros pronunciamientos en igual sentido, proveído en que se hizo un análisis exhaustivo respecto de la ineffectuación de los trasladados de regímenes pensionales en lo atinente a los siguientes aspectos, los cuales se han venido replicando en diversas sentencias de esta Sala:

(1) [L]a obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineffectuación de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.

Así, en cuanto al primer punto, es decir, al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió que:

«desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)».

Para finalmente, concluir que:

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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

Respecto al segundo punto, se definió que, el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto que:

«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 (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado».

Frente al punto tercero, referente a la carga de la prueba, se expuso que:

«el artículo 1604 del Código Civil establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera

las implicaciones del traslado de régimen pensional. (...) Paralelamente, 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». (Subrayado fuera de texto).

Finalmente, en lo que corresponde al cuarto ítem, respecto de que solo es procedente la ineficacia del traslado cuando el afiliado tiene el derecho causado o es beneficiario del régimen de transición, se precisó que: «*[t]al argumento es equívocado, puesto que 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 ahí que, anotó:

«De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, 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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto».

De acuerdo a lo anterior, se encuentra acreditado dentro del plenario que:

i) la demandante nació el 14 de septiembre de 1960 (f.º 26); **ii)** estando vinculada a la extinta Cajanal, donde completó un equivalente a 604 semanas, el 18 de octubre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de noviembre de 1994 (f.º 140, 142, 170, 202), **iii)** que luego de varias transferencias entre varias administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, regresó y actualmente se encuentra vinculada a Colfondos S.A., con un total de 1800 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 55 a 64 y las certificaciones de f.º 53 y 141; y que **iv)** la afiliada no recibió la información suficiente previa al traslado inicial de régimen pensional que suscribió, sin que se allegara prueba por la administradora de fondos de pensiones de la información suministrada en esa oportunidad, para establecer la existencia de un verdadero consentimiento informado.

En consecuencia, de conformidad con la orden de tutela impartida y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia allí citada, había lugar a declarar la ineeficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual, por tanto, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los trasladados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, debidamente discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022).

Por lo expuesto, se **confirmarán** los numerales primero y cuarto a séptimo de la sentencia de primer grado; y así mismo, se adicionarán los numerales segundo y tercero, para ordenar también a las AFP, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados. Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta 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: MODIFICAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida el 27 de enero de 2020, por el Juzgado 21 Laboral de Circuito de Bogotá D.C., en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ STL4046-2022, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, los que quedarán así:

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes pensionales de la cuenta de ahorro individual de MARÍA TERESA RINCÓN CADENA, así como sus rendimientos financieros, y el valor descontado por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y

gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aporte pagado, para lo que se concede un término de un mes.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, a trasladar a COLPENSIONES los valores descontados sobre los aportes efectuados durante el tiempo en el que MARÍA TERESA RINCÓN CADENA estuvo vinculada a esas AFP, por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aporte pagado, para lo que se concede un término de un mes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ STL4046-2022, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

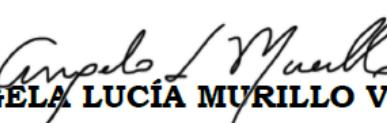
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

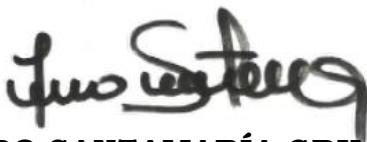
Los Magistrados,



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO