

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS ALBERTO MOYA FRANCO** en contra de **COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

EXP. 11001 31 05 010 2019 00519 01.

Bogotá DC, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, 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 15 de diciembre de 2021, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación y traslado a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, y, como consecuencia de ello, se condene a la AFP Old Mutual, en la que se encuentra actualmente, a trasladar todos los aportes realizados, junto con sus rendimientos financieros a Colpensiones, para que ésta los reciba y active su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 2 de enero de 1958, estuvo afiliado al RPMPD, administrado por CAJANAL, desde el 29 de enero de 1981 y posteriormente se afilió al ISS desde el 16 de agosto de 1984, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por Horizonte, hoy Porvenir, el 1º de julio de 1994, entidad que no le suministró información adecuada y completa acerca del RAIS, explicándole solamente las ventajas de dicho régimen pensional, sin explicarle las desventajas de este ni las diferencias con el RPMPD.

Explicó que, posteriormente, se trasladó horizontalmente entre administradoras del RAIS, afiliándose a la AFP Old Mutual el 27 de abril de 2012, la que tampoco brindó información adecuada y completa acerca de ese régimen, explicándole solamente sus ventajas, no así las desventajas ni las diferencias entre este y el RPMPD (Carpeta 10, archivo 01, pag. 73 a 92).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue inadmitida el 5 de noviembre de 2019, siendo subsanada y admitida el 28 de noviembre de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (Carpeta 10, archivo 01, pág. 94), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. De los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación al régimen de prima media, su traslado al régimen de ahorro individual, la reclamación de anulación de la afiliación y traslado y la negativa a la solicitud; los demás dijo no constarle. En su defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa para pedir (Carpeta 10, Archivo 01, pág. 98 a 104).

Porvenir presentó oposición a lo pretendido. Admitió la vinculación del demandante al RAIS y la solicitud de anulación de la afiliación y traslado. Negó lo relativo a la falta de información adecuada y completa, advirtiendo que la que suministró al actor fue completa, clara, veraz y oportuna. Los demás hechos, dijo no constarle. En su defensa propuso como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (Archivo 05, pág. 3 a 29).

Skandia Pensiones y Cesantías SA presentó también oposición a lo pretendido. Admitió la fecha de nacimiento y edad del actor, su afiliación a esa AFP, la solicitud de información y documentos de la afiliación, y su respuesta. Negó los hechos relativos a la omisión de información para su traslado a Skandia; los demás dijo no constarle. Formuló las excepciones de buena fe, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y prescripción (Archivo 06, páginas 12 y 13).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 14).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, antes Horizonte, el 2 de junio de 1994, y la afiliación realizada a Old Mutual Pensiones y Cesantías - Skandia Pensiones y Cesantías SA, el 27 de abril de 2012, e ineficaz el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, ordenando el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por Colpensiones, a quien condenó a recibir y restablecer la afiliación del actor, en esas condiciones. Condenó a Skandia Pensiones y Cesantías SA a realizar la devolución de las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, correspondientes a cotizaciones, rendimientos y frutos, con destino al RPMPD, así como a la devolución de gastos de administración, descontados durante la afiliación, debidamente indexada, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a esa AFP y a la AFP Porvenir. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de las AFP condenadas y a actualizar la historia laboral del demandante. Declaró como no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las entidades demandadas (Archivo audiovisual 26 y Archivo 27).

En síntesis, consideró que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de obligatoria observancia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP, desde la entrada en vigencia del sistema pensional de la Ley 100 de 1993; que si bien la escogencia de régimen es libre y voluntaria, ello presupone el conocimiento y la firma del formulario es insuficiente para dar por demostrado el cumplimiento del deber de un consentimiento informado; que

ha señalado también que en este tipo de acciones debe analizarse desde el punto de vista de la ineficacia, por el incumplimiento del deber de información, que debían darse a conocer las características de los dos regímenes, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias que podía acarrear el traslado, invirtiéndose la carga de la prueba a favor del afiliado, correspondiéndole a los fondos la carga de probar la información otorgada, sin que sea relevante si el demandante es beneficiario del régimen de transición. Así mismo, la ineficacia conlleva la aplicación del art. 1747 CC, y las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes del acto jurídico ineficaz, y la AFP debe devolver las sumas recibidas, cotizaciones, rendimientos, frutos, e intereses, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, porque el actuar de la administradora fue indebido, y debe asumirlo con cargo a su propio patrimonio, y la acción es imprescriptible, por cuanto comporta el derecho pensional.

Concluyó que las AFP demandadas no acreditaron en el proceso que el consentimiento en el traslado de régimen pensional fue informado, pues es insuficiente para ello lo que se señala en el documento suscrito, respecto a que la decisión fue libre, espontánea y sin presiones; que con el interrogatorio de parte del demandante no se acreditó tampoco el consentimiento informado, que el actor conociera las consecuencias de su decisión, y que su condición de economista y magister no le quita la calidad de afiliado lego frente a la AFP, por cuanto no confesó haber sido consultor en pensiones, y el deber de información está en cabeza de la AFP, quien debía darle a conocer todas las condiciones de ambos regímenes, lo que no fue demostrado; y que el traslado entre administradoras del régimen de ahorro individual, no convalida el traslado inicial.

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir argumentó que al momento del traslado del demandante se cumplieron todos los presupuestos de ley existentes para la época y no existió ninguna omisión o vicio del consentimiento; que las pruebas presentadas por el demandante no eran consistentes, pues este afirmó que recibió asesores tanto de HORIZONTE S.A. como de OLD MUTUAL S.A. que le indicaron las características del RAIS y lo motivaron a trasladarse y posteriormente manifestó no conocer ninguna característica de dicho régimen pensional, adicionalmente, afirmó que el demandante contaba con un grado de economista al momento del

traslado y tenía conocimiento del manejo de la administración pública, por lo que no resultaba convincente el supuesto desconocimiento acerca del funcionamiento del RAIS, a más que era una persona capaz; que confesó que su principal motivación para solicitar la nulidad o ineficacia del traslado fue la diferencia en la prestación económica existente en los regímenes pensionales, lo cual no es prueba de una omisión al deber de información por parte de las AFP demandadas.

Finalmente, solicitó que, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, se absolviera a PORVENIR S.A. de la condena a devolver los gastos de administración y demás emolumentos, pues estos se destinaron a los gastos en los que se incurre para la generación de los rendimientos financieros y para los seguros de invalidez y muerte, pues estos montos se transfirieron a la A.F.P. actual del demandante, esto sumado a que dichos descuentos se realizaron en los términos de la ley 100 de 1993, por lo que ordenar el regreso de estos generaría un perjuicio irremediable a PORVENIR S.A.

Old Mutual apeló la sentencia proferida de manera parcial, solicitando que se revocara el numeral tercero de la misma, referente a la devolución de gastos de administración, argumentando que en el artículo 7º del Decreto 3995 del año 2008, en el cual se establecen las sumas a devolver en el momento en el que se genere un traslado entre regímenes del Sistema General de Pensiones, entre los cuales no se encuentran los gastos de administración, además de ello, sostuvo que parte de estos gastos de administración están encaminados a asegurar los riesgos de invalidez o muerte, por lo cual Old Mutual SA no tiene a su disposición estos valores. Respecto a la indexación de tales rubros, argumentó que los rendimientos financieros generados compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda que se hubiese podido generar en el capital del afiliado, por lo que se generarían dos pagos por un mismo hecho.

Finalmente, solicitó que, en el caso de que se confirmara la sentencia proferida, se valorara la figura de la prescripción conforme a los gastos de administración, traída a colación en la contestación de la demanda, debido a que su origen es el contrato de seguros celebrado con la aseguradora, por lo que estos son sujetos de la figura de prescripción.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de marzo de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

El demandante, Colpensiones y Porvenir presentaron sus alegaciones reiterando los argumentos expuestos en demanda y contestaciones, así como en la sustentación del recurso de apelación.

VI.ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando si lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el

referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 02 de enero de 1958 (Carpeta 10, Archivo 01, Página 1); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 16 de agosto de 1984 hasta el 04 de abril de 1988, 56,43 semanas (Carpeta 10, subcarpeta 02, Archivo Reporte de semanas cotizadas en pensiones); **iii)** que el 02 de junio de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Horizonte, con fecha de efectividad desde 1° de julio de 1994 (Archivo 05, páginas 31, 43 y 44), para luego trasladarse a Old Mutual, administradora a la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1492 semanas acreditadas en el sistema pensional, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa en el Archivo 06, páginas 19 a 28 y la certificación obrante en el mismo archivo, páginas 14 a 17.

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, 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.º 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.º 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.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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.”

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 desvirtuarse 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.”

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 importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante suscribió formulario de traslado y vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Horizonte SA, hoy Porvenir SA, el 2 de junio de 1994 (Archivo 05 páginas 43 y 44), y luego se trasladó a Old Mutual SA, AFP a la que actualmente se encuentra afiliado (Archivo 06, página 18), y si bien en tales formularios se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, 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.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, antes Horizonte, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 2 de junio de 1994, con su afiliación a la AFP Horizonte.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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).

Es por ello que, se **adicionarán los numerales tercero y cuarto** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a las AFP demandadas, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción 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*¹, por lo que resulta acertada la decisión de la juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada.

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: ADICIONAR los numerales TERCERO y CUARTO de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2021, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que las AFP demandadas deberán devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los valores descontados de los aportes por primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

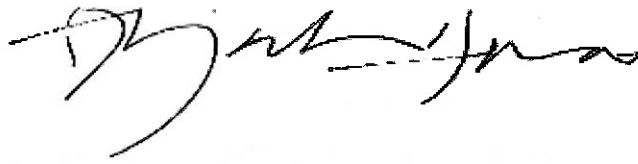
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

¹ CSJ SL1688-2019.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fdes15sltsbta%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FANAQUEL%2FREPARTO%20VIRTUAL%2FJuzg%2E%2010%2E%C2%B0%20Lab%2E%20Cto%20Bt%C3%A1%2F010%202019%2000519%2001