



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **006 2018 00794 01**
DEMANDANTE: ADRIANA FERNANDA NARVÁEZ GONZÁLEZ
DEMANDADO: DESIGN AND ARCHITECTURE SAS

Bogotá DC, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, respecto de la sentencia condenatoria proferida el 26 de mayo de 2022, por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, del 25 de julio de 2016 al 21 de abril de 2018, que terminó por causa imputable al empleador. En consecuencia, solicita se condene a la empresa accionada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por no pago del auxilio de cesantías, la indemnización prevista por el art. 64 CST, causados durante la vigencia de la relación laboral, y la indemnización moratoria prevista por el art. 65 CST. (Págs. 6-8 arch. 01 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, afirma que el 25 de julio de 2016 celebró contrato de trabajo verbal con la empresa DESIGN AND ARCHITECTURE SAS, para desempeñarse como administradora de obra de la empresa, pactando un salario básico mensual de \$1.000.000; que durante la

vigencia de la relación laboral nunca le fue incrementado el salario, ni fue afiliada al Sistema General de Seguridad Social; que el 19 de abril de 2018, efectuó un reclamo verbal de sus derechos laborales al señor José Alirio Calentura Vera, quien es el contador de la empresa y el encargado de realizar los pagos, sin obtener respuesta favorable y que a partir del 21 de abril de 2018 le fue impedido el ingreso a las instalaciones de la empresa.

Finalmente, señala que ante el no pago de alguna indemnización, acudió al Ministerio del Trabajo y que el 26 de junio de 2018 se citó a diligencia de conciliación ante el inspector RCC 5 del Ministerio del Trabajo; sin embargo, ningún representante de la demandada acudió a la citada diligencia (Págs. 5-6 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto proferido el 7 de noviembre de 2018 por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, se admitió la demanda, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (Págs. 24-25 arch. 01 C01), quién dio respuesta dentro del término legal (Págs. 32-49 *ídem*).

Mediante providencia del 12 de septiembre de 2019, se tuvo por contestada la demanda y se señaló como fecha para celebrar la audiencia de que trata el art. 77 CPTSS, el día 17 de abril de 2020 (Págs. 56-57 *ídem*).

En audiencia del 11 de marzo de 2022 se celebró la audiencia obligatoria de conciliación, la que se declaró fracasada por falta de ánimo conciliatorio, y se señaló el 2 de mayo de 2022 como fecha para continuar la diligencia (Págs. 59-60 *ídem*).

En diligencia del 2 de mayo de 2022, se adelantaron las demás etapas procesales previstas por el art. 77 CPTSS, y en la misma oportunidad se practicaron las pruebas decretadas, escuchando el testimonio del señor José Alirio Calentura Vega, el interrogatorio de parte de la demandante y el testimonio del señor Ismael Guio (arch. 02 subcarpeta 02, C01)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 26 de mayo de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, durante el período comprendido entre el 25 de julio de 2016 y el 10 de abril de 2018; en consecuencia, condenó a la demandada al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa. Igualmente condenó a Design And Architecture SAS al pago de \$13.833.190 por falta de consignación del auxilio de cesantía y, al pago de la indemnización moratoria prevista en el art. 65 CST (pág. 62 arch. 01 C01 y arch. 03 subcarpeta 02 C01)

La *a quo* encontró probada la prestación personal de servicios, de acuerdo con lo expuesto por el señor José Alirio Canlentura Vega y con la certificación laboral allegada a folio 19, documento del que extrajo los extremos temporales de la relación laboral alegada; por lo que señaló que no habiéndose desvirtuado la presunción de subordinación prevista por el art. 24 del CST, había lugar a declarar la existencia del contrato de trabajo y a condenar a la demandada al reconocimiento y pago de las acreencias laborales previamente mencionadas (pág. 62 arch. 01 C01 y arch. 03 subcarpeta 02 C01)

IV. RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado judicial de **Design And Architecture SAS**, dentro de la oportunidad procesal pertinente, interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 6 Laboral del Circuito el 26 de mayo de 2022. Solicitó se revoque la condena impuesta en relación con el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria prevista por el art. 65 CST, con fundamento en que la demandada no actuó de mala fe, sino bajo la creencia de que entre las partes existía un contrato de prestación de servicios. En tal sentido, solicito tener en cuenta que la demandante, reconoció en interrogatorio de parte que era ella quién realizaba y asumía el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, por lo que la empresa demandada tenía el convencimiento de que la relación entre las partes no era de índole laboral y por tanto, actuó de buena fe (mín. 9.02 arch. 03 subcarpeta 02 C01).

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte

demandada; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

El apoderado de Design and Architecure SAS, presentó sus alegatos de instancia reiterando lo expuesto al interponer el recurso de apelación, y el apoderado de la demandante solicitó confirmar la sentencia de primera instancia (arch. 05 C02).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si se acreditó o no la buena fe de la demandada, y en consecuencia, si resultaba o no procedente la condena por concepto de indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST.

Es un hecho acreditado e indiscutido en esta instancia, que entre Adriana Fernanda Narváez González y la sociedad Design And Architecture SAS, existió un contrato de trabajo a término indefinido que se mantuvo vigente desde el 25 de julio de 2016 al 10 de abril de 2018, en virtud del cuál la demandante se desempeñó como administradora de obra, devengando un salario mensual de \$1.000.000.

Para establecer la procedencia de la indemnización materia de debate, es menester recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016 y CSJ SL572-2021).

En ese orden, aduce el recurrente que debe tenerse en cuenta que Design and Architecture SAS, tenía el pleno convencimiento de que la relación contractual que existió con la aquí demandante era de índole civil regida por un contrato de prestación de servicios, con fundamento en que tal y como reconoció la demandante, era la señora Adriana Narváez González quién se encargaba de

pagar sus aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, y que fue por tal razón y convicción, que no realizó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que tenía derecho la demandante.

Respecto de la mencionada afirmación, encuentra la Sala que la empresa demandada no aportó elementos demostrativos de un actuar de buena fe como el alegado, puesto que si bien ha sido tesis de la demandada desde el momento mismo de la contestación de la demanda, el que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios y no un contrato de trabajo, con las pruebas allegadas al proceso, se observa que en realidad las partes sostuvieron una relación laboral en los términos del art. 23 CST y que ambas partes, contaban con suficientes elementos para tener certeza de que estaban vinculadas mediante un contrato de trabajo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la demandada expidió el 10 de abril de 2018, certificación en la que expresamente dispone: «*Que la señora ADRIANA FERNANDA NARVÁEZ GONZÁLEZ, identificada con CC N° 52.738.507 expedida en Bogotá, se encuentra vinculada a nuestra empresa por medio de un contrato a término indefinido desde el 25 de julio de 2016, en el cargo de administradora de obra devenga en forma mensual \$1.000.000.*» (Pág. 21 arch. 01 C01), documento que vale señalar no fue tachado por la ahora recurrente.

A su vez, se advierte que en diligencia de interrogatorio de parte, el señor José Alirio Calentura Vega, representante legal de la demandada según el certificado de existencia y representación legal aportado (Pág. 39-42 arch. 01 C01), expuso que la demandante cumplía funciones de apoyo a una obra civil como contratar personas, estar pendiente de los pedidos, contactarse con proveedores, recibir materiales, entre otras; indicó que la demandante empezó a trabajar cuando se dio inicio a la obra, es decir desde la excavación y hasta que el edificio estaba terminado; adujo que la relación culminó por la terminación de la obra y reconoció que la demandante cumplía horario de trabajo de lunes a sábado, entre las 8:00 am y las 5:00 pm aproximadamente (min 6 arch. 02 C01).

En el mismo sentido y a pesar de que el señor José Alirio expuso que no daba exactamente órdenes a la demandada, si reconoció que era él quien le decía qué debía hacer, que le decía «*hoy necesito que me ayude o colabore con esto*» y le daba instrucciones a la demandante, precisando que ella no recibió órdenes o instrucciones de ninguna otra persona (min. 17 *ídem*)

De la anterior declaración, se colige que no existía duda respecto de la relación laboral que existió entre las partes y que a pesar de que dentro del presente proceso se haya discutido el carácter civil de la misma, el representante legal de la demandada ejerció como un verdadero empleador; sin que de lo expuesto se encuentren elementos que permitan inferir que realmente consideraba que la vinculación se daba mediante un contrato de prestación de servicios, toda vez que no se expusieron situaciones que muestren que la demandante prestara sus servicios en forma autónoma.

Asimismo, el hecho de que la demandante hubiese pagado sus aportes al Sistema de Seguridad Social, no es demostrativo de que las partes creyeran estar vinculados mediante una relación civil, ni fue esto lo reconocido por la demandante en interrogatorio de parte, puesto que la señora Adriana Narváez, lo que expuso fue que debido a que la demandada no la afilió al Sistema General de Seguridad Social y a que a ella le preocupaba ingresar a la obra sin contar con ARL, ella misma pagaba sus aportes por medio de una empresa que la afilió a la EPS y la ARL (min. 28 *idem*).

Por último, se observa que la demandada no adelantó ninguna actuación que pueda ser entendida como un acto de buena fe, tanto así, que a pesar de conocer la reclamación de la demandante y de haber sido citada a comparecer al Ministerio del Trabajo con el fin de celebrar audiencia de conciliación, se abstuvo de comparecer a dicha diligencia (Págs. 17-19 arch. 01 C01)

Por lo anterior se **confirmará** en su integridad la sentencia apelada. Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 26 de mayo de 2022, por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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 CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkN8DgbZJIhDlNiddzhqhQEBxNzwQqwdkxvEz-gszZ3Bgw?e=P5wWaE

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a8bb2185d205588a80933fb74d0bf728e5eda89ab37d08eff31e2ed01a20bfea**

Documento generado en 25/08/2023 11:47:20 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **026 2022 00047 01**
DEMANDANTE: FÉLIX ALEJANDRO ERAZO
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA.

Bogotá DC, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2023, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de su traslado, del régimen de prima media con prestación definida administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales, al régimen de ahorro individual con solidaridad que administra Protección SA, que para todos los efectos legales nunca se trasladó, y como consecuencia, debe trasladar todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, frutos e intereses, rendimientos, de acuerdo al art. 1746 del CC; y por último, que se condene a las demandadas al pago de agencias en derecho y costas conforme al art. 365 de CGP.

Como fundamentos relevantes de sus pretensiones manifestó que laboró en “NL Internacional INC” desde el año de 1984 de acuerdo a la historia laboral válida para bonos pensionales expedida por la AFP Protección SA; se trasladó el 18 de marzo de 2005 del RPMPD administrado en ese entonces por el ISS al RAIS administrado por Protección SA; en su puesto de trabajo “Trans Surencó LTDA” un asesor de dicha AFP lo invitó a trasladarse, sin contar con la formación profesional para ello, dado que solo se limitó aspectos como que, podía pensionarse de manera anticipada, el ISS se iba acabar y se perderían los aportes, que la única posibilidad de recuperar sus aportes era afiliándose al RAIS y convirtiendo esos aportes en un bono pensional, que el trámite del bono se efectuaba dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de traslado al RAIS.

A lo anterior agregó que, no se le informó el valor de su pensión de vejez y que esta dependía de su edad, la de su grupo familiar, de las variables económicas del mercado financiero, de la redención del bono pensional, de la expectativa de vida de los beneficiarios en caso de una sustitución de pensión, del capital acumulado a la fecha del cálculo y de la tasa de rentabilidad esperada del fondo especial de retiro programado a largo plazo; por ello recalcó que su traslado se dio a través de engaños y omisión de información llevándolo a suscribir el formulario de vinculación n.º 6993338.

Para el 30 de julio de 2021, bajo el radicado n.º 2021_8640512 solicitó a Colpensiones la ineficacia del traslado para que se aceptara y legalizara su traslado del RAIS; que mediante el comunicado BZ2021_8656816 del 30 de julio de 2021 se le informó que, *«no es procedente, puesto que la misma se realizó según dicha entidad, ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen de conformidad con lo dispuesto en la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera y las disposiciones vigentes sobre el particular»*.

De igual forma, para el 19 de agosto de 2021, radicó ante la AFP Protección SA, solicitud de declaratoria de ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual; al darse cuenta de que se le había omitido información, y lo prometido al momento de afiliarse a dicha entidad era un engaño, dado que no correspondía a la realidad informada por el asesor comercial de la demandada; que antes de llegar a los 10 años de cumplir la edad de pensión,

no se le detallaron los aspectos relevantes de su situación pensional como los riesgos o desventajas, ni se le dio la información oportuna, certera y clara.

Por último, señaló que conforme al reporte de historial laboral del 2 de agosto de 2021, expedido por Protección SA, el capital ahorrado a la fecha asciende a la suma de \$324.598.563 con un total acumulado de 929 semanas, que para el 4 de agosto del mismo año, mediante una proyección de su mesada pensional realizada por mencionada AFP, es que a sus 62 años de edad, sería un aproximado de \$1.804.002 (págs. 3 - 6, arch. 01, C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto al Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, quien mediante auto del 17 de enero de 2022 se declaró impedido, así que luego de avocar conocimiento, el Juzgado 26 Laboral del mismo Circuito Judicial, por auto del 30 de marzo de 2022 la admitió y ordenó su notificación y traslado a las demandadas (archs. 02 – 05, 09 y 10, C01), mediante auto del 8 de agosto de 2022 se tuvo por contestada por Colpensiones, y se requirió a la parte demandante para que adelante la diligencia de notificación a Protección SA (arch. 14, *idem*) por último mediante auto del 19 de octubre del 2022 fijó fecha para audiencia de que trata el art. 77 del CPTSS (arch. 19, *idem*).

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas (pág. 3 a 8, arch. 07, C01).

Protección contestó oponiéndose a la pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de mérito que denominó 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la

prima del 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 (págs. 10 – 13 y 19 - 24, arch. 18, C01).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 13).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 23 de febrero de 2023, declaró ineficaz el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad. Condenó a Protección SA a transferir a Colpensiones, la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos; a Colpensiones, a aceptar la transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. Declaró no probadas las excepciones; y, condenó en costas a Protección SA.

En síntesis, la juez de primer grado estableció que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de lo dispuesto en los art. 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que debía analizarse es si el acto jurídico de traslado resulta o no eficaz; que para establecer si la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos del traslado, los beneficios que obtendría, y si la manifestación de voluntad fue autónoma y consciente; que el deber de información existe desde la entrada en vigencia de la Ley en mención, y el consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues el fondo de pensiones debe demostrar un consentimiento debidamente informado, circunstancia de la que no da cuenta la leyenda preimpresa en los referidos formularios.

Señaló que en el asunto se allegaron los formularios que dan cuenta del traslado y afiliación del demandante a Protección SA, sin que se pueda

establecer la información brindada al momento de la afiliación, ni se cuente con otro elemento de juicio que acredite esa circunstancia, pues en el interrogatorio de parte el demandante no efectuó confesión en ese aspecto; y, como no se acreditó la debida asesoría e información suficiente, había lugar a declarar la ineficacia del traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** interpuso recurso contra del numeral quinto referente a la condena de costas, indicó que tal y como lo señala la norma en los arts. 361 a 366 del CGP, las mismas son una carga económica que debe afrontar quien obtuvo una de decisión desfavorable, además comprende las expensas erogadas por la otra parte y las agencias en derecho; adicionalmente manifestó que Colpensiones en todo el transcurso del proceso presentó oposición y defensa, por ello solicitó sea condenado en costas.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 6 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04, C02).

La parte demandante y Colpensiones presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos, la primera en la demanda, y la última, en la constestación y en la alzada (archs. 05 - 08, C02).

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, razón por la cual había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto 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 acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, 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 la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria; y si hay lugar a imponer costas a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 23 de mayo de 1963 (pág. 53, arch. 01, C01); **ii)** cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 4 de junio de 1987 hasta el 4 de mayo de 1988, un total de 48 semanas (carp. 08, arch. GRP-SCH-HL); y,

iii) se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA, el 18 de marzo de 2005 con efectividad el 1º de mayo del mismo año (pág. 58, arch 18, C01), última administradora, a la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 984.72 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y la certificación emitidas por la mencionada AFP el 16 de agosto de 2022 (págs. 34 - 70, arch. 18, *idem*).

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 1º 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, 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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los arch.s 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 ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA, desde el 18 de marzo de 2005 efectivo el 1º de mayo del mismo año, en la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación n.º 6509186 (pág. 33, arch. 18, C01) 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 AFP Protección SA, 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, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 18 de marzo de 2005 efectivo el 1º de mayo del mismo año, con su afiliación a la AFP Protección SA.

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, en este caso Protección SA, 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, bonos pensionales, 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, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), 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, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia, para ordenar a la AFP demandada, 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 precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional 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 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.

Finalmente, en cuanto a la condena en **costas** impuesta en primera instancia, objeto de la apelación del demandante, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho.

¹ CSJ SL1688-2019.

En ese orden de ideas, se tiene que de conformidad con el art. 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, se considera que, en la medida en que Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, y es por ello que la Sala mayoritaria considera que las costas debían disponerse únicamente a cargo del fondo privado de pensiones, que con su omisión da lugar al resultado del proceso, en la medida en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, no fue consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD Colpensiones, y simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo esa la única razón por la que se le vincula de manera necesaria al proceso, sin que por tanto, en estricto sentido, pueda ser tenida como vencida en el mismo, aun cuando razonablemente se oponga a lo pretendido, ajustándose su actuar al ordenamiento legal. Por lo que sobre el particular se **confirmará** el numeral **quinto** de la sentencia apelada y consultada.

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 DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2023, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los valores descontados de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación del demandante, por concepto de gastos de administración, 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, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según las motivaciones anteriores.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EoeJPseJf7F](https://my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EoeJPseJf7FMloRZx_f12FwBbkjFiObmhNQ6geDLQ1eo7Q?e=SVzf9B)
[MloRZx_f12FwBbkjFiObmhNQ6geDLQ1eo7Q?e=SVzf9B](https://my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EoeJPseJf7FMloRZx_f12FwBbkjFiObmhNQ6geDLQ1eo7Q?e=SVzf9B)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **50da51e6f20676f50390c0d471c0a6983fe476f21b3ef716071edc20bf90ff2d**

Documento generado en 25/08/2023 11:47:23 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **010 2021 00330 01**
DEMANDANTE: ÁLVARO JOSÉ LORENZO ORTIZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA y
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir SA y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 31 de enero de 2023, por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia del traslado de régimen efectuado del extinto ISS a Protección SA, luego a Porvenir SA y finalmente su retorno a Protección SA, desde septiembre de 1998 por carecer de consentimiento informado por parte de dichas AFP, por tanto, continúa afiliado en el RPMPD; en consecuencia, solicita se ordene a Protección SA devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con las sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. esto es con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración que se cobraron por las demandadas (págs. 5 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 16 de marzo de 1962; cotizó en el extinto ISS entre el 9 de mayo de 1991 y septiembre de 1998; se trasladó al RAIS administrado por Protección SA el 7 de septiembre de 1998, sin haber recibido algún tipo de información acerca de las implicaciones de su decisión, ni se le realizó una proyección del estimado de su pensión en ambos regímenes pensionales, tampoco se le brindó información durante el tiempo en el que estuvo allí afiliado sobre las características, ventajas y desventajas de permanecer en uno y otro régimen, solo firmó el formulario respectivo con una información parcial y errada; igual situación sucedió con Porvenir SA cuando se trasladó el 27 de junio de 2000 y a la AFP Santander en marzo de 2001 por lo que su consentimiento no fue informado verdaderamente, completando en toda su vida laboral más de 1021 semanas; en el año 2019 empezó a cuestionarse por su situación pensional y tras comprender el error que había cometido, sintió la necesidad de regresar nuevamente al RPMPDM, por lo que en mayo y junio de 2021 solicitó a las entidades encartadas, la anulación del traslado de régimen con el fin de retornar a Colpensiones, sin embargo, las solicitudes fueron infructuosas (págs. 2-4 arch. 1, *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió mediante auto del 14 de septiembre de 2022 y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (arch. 9 C01) quienes dieron respuesta, en término oportuno.

Porvenir SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito denominadas prescripción, compensación, restituciones mutuas, inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 2-29 archs. 12, 17 *idem*).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas (págs. 2-13 archs. 13, 17 *idem*).

Protección SA contestó con oposición a lo pretendido y para tal efecto excepcionó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción,

aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y la prima del seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (págs. 2-24 archs. 14, 17).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente comunicada acerca de la existencia del presente proceso, guardó silencio (arch. 10 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 31 de enero de 2023, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia de la afiliación y el traslado de régimen pensional del demandante a Porvenir SA efectuado el 27 de febrero de 1996, y como consecuencia de ello, declaró ineficaz los traslados subsiguientes realizados el 7 de septiembre de 1998, el 26 de junio de 2000 y el 24 de enero de 2001 a Protección SA, Porvenir SAS y a Santander Pensiones y Cesantías, respectivamente, por tanto, ordenó el regreso automático de su afiliación y sin solución de continuidad al RPMPD; en consecuencia, condenó a Protección SA para que en el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, haga entrega al RPMPD de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos como lo dispone el art. 1746 del CC, junto con la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, todas estas sumas debidamente indexados, allegando los documentos correspondientes al pago de estas sumas a Colpensiones y que den cuenta de dichas sumas.

Condenó a Porvenir SA devolver a Colpensiones en el mismo plazo, todos los valores que hubiere descontado con motivo de las afiliaciones del demandante, por conceptos de gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados, junto con los documentos correspondientes al pago y a las sumas

descontadas; condenó a Colpensiones a recibir y restablecer afiliación del demandante al RPMPD, sin solución de continuidad y, que de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia debe imputar en su historia laboral, las semanas cotizadas en el RAIS, y que una vez ingresen las sumas provenientes de las AFP Protección SA y Porvenir SA, debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad con lo ordenado en la sentencia; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a todas las demandadas.

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; 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; 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 las AFP deben devolver las sumas recibidas, cotizaciones, rendimientos, frutos, e intereses, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, porque el actuar de la administradora fue indebido, y deben 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 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 (archs. 40, 41 C01).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA argumentó que no se tuvo en cuenta que con los formularios que firmó el demandante como una persona capaz, manifestó su voluntad libre e inequívoca de trasladarse de régimen pensional, lo que admitió también en su interrogatorio de parte, ratificando así su decisión inicial con los traslados subsiguientes que efectuó entre las administradoras del RAIS, con los que según su dicho, buscaba obtener mayores rendimientos financieros y aumentar el valor de su cuenta de ahorro individual, traslados que resultan ser completamente eficaces y válidos, conforme el deber de afiliación vigente para cada fecha en que se realizaron las afiliaciones.

Se debe tener en cuenta que el demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en el art. 13 de la Ley 100 de 1993 y le asistía el deber de mantenerse informado y cerciorarse acerca de los servicios que iba a contratar, para indagar sobre las características, condiciones y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional, lo que nunca hizo ni siquiera en el momento de afiliarse por primera vez al RAIS, por lo tanto se evidencia que no tenía interés por su futuro pensional. Considera que no debe ser obligada a devolver gastos de administración ni seguros provisionales en forma indexada, pues estos descuentos se encuentran autorizados por el art. 20 de la Ley 100 de 1993, máxime cuando el art. 103 *ídem*, establece cuáles son las sumas que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional.

Colpensiones señaló que el mismo demandante que goza de toda su capacidad legal en su interrogatorio de parte, admitió que conocía de manera clara las características del RAIS y lo hizo de manera libre y voluntaria, con el suministro por parte del asesor del fondo privado de información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos, ventajas y desventajas que le ocasionaría ese traslado, sin que hubiera ejercido una presión fuerza para llevar a cabo la afiliación, por tanto no se observa ningún vicio en el consentimiento, de ahí que el contrato no pueda declararse nulo; agregó que el demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en el art. 13 de la Ley 100 de 1993. Solicitó además se revoquen las costas impuestas a su cargo, pues la entidad ha actuado de buena fe.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de febrero de 2023 se admitieron los recursos impetrados así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02).

El demandante y Porvenir SA, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en su demanda, la contestación y el recurso; las demás demandadas guardaron silencio (archs. 5-9 C02).

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, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando 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 arts. 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 de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC 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 acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver las apelaciones y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, 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 del RAIS, 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. Finalmente se verificará lo atinente a la condena en costas impuesta en cabeza de Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 19 de marzo de 1962 (pág. 111 arch. 1); **ii)** se afilió al extinto ISS donde efectuó cotizaciones entre el 9 de mayo de 1991 y el 31 de enero de 1992 para un total de 38.29 semanas (págs. 639-642 arch. 13); **iii)** el 27 de febrero de 1996 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA con fecha de efectividad desde el 1º de abril de esa anualidad (págs. 72 arch. 12, págs. 4 arch. 35); **iv)** el 7 de septiembre de 1998 se trasladó a Protección SA (págs. 113, 140 arch. 1, págs. 50, 75 arch. 14); **v)** el 27 de junio de 2000 se trasladó a Porvenir SA (pág. 116 arch. 1, pág. 76 arch. 12); el 24 de enero de 2001 se trasladó a Santander Pensiones y Cesantías SA (pág. 114, 115, 141 arch. 1, págs. 48, 51, 76 arch. 14, pág. 5 arch. 23); hoy fusionada por absorción con Protección SA, administradora a la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1086 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y certificaciones del 27 de mayo de 2021, del 4 de octubre de 2022 y del 13 de diciembre de 2022 (págs. 142-158 arch. 1, págs. 52-68, 77-93 arch. 14, pág. 7 arch. 15, págs. 3 4 archs. 32, 34).

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 art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. 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 art. 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 inc. 1º del art. 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 inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '*preimpresa*' en el formulario de vinculación, norma 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 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.”

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, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante quedó vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Porvenir SA** el 27 de febrero de 1996, después se trasladó a **Protección SA** el 7 de septiembre de 1998, luego 27 de junio de 2000 se vinculó a **Porvenir SA**, posteriormente el 24 de enero de 2001 se trasladó a **Santander Pensiones y Cesantías SA**, (hoy fusionada con Protección SA), y si bien en los formularios de vinculación n.º 9951226, 5319529, 01399437 suscritos por el accionante (pág. 113-116, 140, 141 arch. 1, págs. 76 arch. 12, págs. 50, 51, 75, 76 arch. 14, pág. 4 arch. 35 C01) 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, suficiente 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.

Frente a la reasesoría pensional efectuada el 25 de febrero de 2014 (págs. 159-161 arch. 1, págs. 94-98 arch. 14 C01), en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL5704-2021 nuestro Máximo Órgano de Cierre, precisó que tales actos no tienen la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, fue así como en la primera decisión dijo:

(...) la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir SA, que hubiera 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, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 27 de febrero de 1996 con su afiliación a la AFP Porvenir SA, efectiva desde el 1º de abril de dicha anualidad (pág. 72 arch. 12, pág. 4 arch. 35 C01).

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, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones 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, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), 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, en los términos de la jurisprudencia vigente, como lo ordenó la *a quo*, por lo que se **confirmará** la decisión, precisando que, salvo los aportes y sus rendimientos, los demás conceptos cuya devolución fue ordenada, serán con cargo a los recursos de las AFPS demandadas, debidamente indexados.

Respecto de la excepción de **prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional 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 jueza 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.

Finalmente en cuanto a la imposición de **costas procesales** a Colpensiones, ha de advertirse que si bien al tenor de lo dispuesto en el art. 365 del CGP este rubro queda a cargo de la parte vencida en juicio, la verdad es que Colpensiones debe ser exonerada de ello, en la medida en que no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, y es por ello que la Sala considera que las costas debían disponerse únicamente a cargo de los fondos privados de pensiones, que con su omisión dan lugar al resultado del

¹ CSJ SL1688-2019.

proceso, en la medida en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, no fue consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, hoy Colpensiones, y simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo esta la única razón por la que se le vincula de manera necesaria al proceso, sin que por tanto, en estricto sentido, pueda ser tenida como vencida en el mismo, aun cuando razonablemente se oponga a lo pretendido, ajustándose su actuar al ordenamiento legal. Por lo que sobre el particular se **revocará parcialmente** el numeral **séptimo** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, **abstenerse de imponer** costas a cargo de Colpensiones.

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 DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: PRECISAR los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia proferida el 31 de enero de 2023, por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA** como la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver en forma indexada y con cargo a sus propios recursos, lo descontado de los aportes por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente detallado, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **séptimo** de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a que la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, se encuentra **eximida** de pagar las costas procesales, quedando únicamente como obligadas al pago de este rubro las AFP **Protección SA** y **Porvenir SA** en favor del demandante y en la cuantía estimada por la *a quo*.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

CUARTO: Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f/g/person/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EufK8T_7FZVKIS_ZTYGIL6PABnHfKwvAMRpA21e8QJIZ2g?e=QdzRkQ

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0b32ebec59eb7b2fe2cc4aa93fcf1639e24b20e932f33dbdcb845b2b949a808f**

Documento generado en 25/08/2023 11:47:21 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **005 2021 00101 01**
DEMANDANTE: MERCY GÓMEZ ORTÍZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN
SA

Bogotá DC, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 19 de abril de 2022, por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado al RAIS y de su afiliación a Protección SA, al no haberse realizado de manera informada, libre y espontánea; en consecuencia, se ordene a Protección SA devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro que se hubiere generado en aplicación de lo previsto en el art. 963 CC (págs.. 5-6, arch. 02 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, indicó que se afilió al extinto ISS desde el 15 de junio de 1982, que el 27 de marzo de 1995 suscribió formulario de afiliación ante el fondo de pensiones Colmena AIG SA, sin haber

recibido una información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, por lo que consideró que el RAIS le resultaría mucho más beneficioso que el RPMPD dado que nunca se le informó acerca de las características o comparaciones entre uno y otro régimen pensional o de los riesgos que existía al tomar la decisión de trasladarse.

Adujo que no se le entregaron las proyecciones o comparativos, ni se le informó hasta qué edad debía cotizar en el fondo privado de pensiones, ni con qué salarios o qué capital requería haber ahorrado; que no fue informada acerca de su derecho al retracto y que por tanto la afiliación se encuentra viciada; que solicitó a Protección SA anular el acto de afiliación al RAIS quién dio respuesta negativa; y que, es clara la afectación que sufriría de continuar en el RAIS, ya que en dicho régimen podría pensionarse con \$1.173.233 mensuales, mientras que, si se pensiona en Colpensiones, su mesada sería de \$1.966.319 (págs. 2-4 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 12 de julio de 2021 se admitió la demanda y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (arch. 03 C01) entidades que dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, aplicabilidad de la sentencia CSJ SL373-2021, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (págs. 25-31 arch. 05 C01).

Protección SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones, alegando que la afiliación a Protección se realizó conforme a los lineamientos legales y estuvo precedida de la asesoría debida, correcta y suficiente para tomar una decisión plenamente informada, libre, voluntaria y sin vicios del consentimiento; formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa

para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la denominada innominada o genérica (págs. 24-28 arch. 0 C01).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 06 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 19 de abril de 2022, profirió sentencia en la que declaró nulo el traslado efectuado por la demandante al RAIS; condenó a la AFP PROTECCIÓN SA, a transferir la totalidad de los aportes realizados junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses a Colpensiones, a quien a su vez ordenó recibir tales dineros para actualizar la historia laboral de la demandante e impuso costas a cargo de PROTECCIÓN SA.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial vigente, no era dable declarar probada la excepción de prescripción, por la relación estrecha entre este asunto y el derecho irrenunciable y digno a la seguridad social; que la carga de la prueba corresponde a las administradoras de pensiones; que para el momento del traslado estaba vigente el Decreto 720 de 1994 que establecía en cabeza de las administradoras el deber de información; que los formatos de afiliación no son prueba conducente del consentimiento informado; que no es necesario que la persona se encuentre en posición o situación de ser beneficiaria del régimen de transición o haber cumplido los requisitos para pensionarse; que la demandante no confesó el cumplimiento de ese deber de información; y que Protección SA no acreditó el deber de información oportuna (archs. 17 y 18 *idem*).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones sostuvo que la demandante como afiliada es libre y tuvo voluntad de libre escogencia de régimen pensional, precisando que cada caso debe analizarse en forma particular, resaltando que en el presente asunto la demandante es una persona capaz, consciente y con unas calidades académicas y profesionales especiales; indicando que no es posible considerar que los factores como la fluctuación del mercado de trabajo, la evolución de los salarios de la parte actora y otras variables, no son suficientes para determinar que no

se le suministró toda la información necesaria para trasladarse de régimen pensional. Expuso además que la demandante, se encuentra incurso en la prohibición de traslado debido a su edad, y que declarar la nulidad deprecada puede afectar el sostenimiento del sistema (archs. 17 y 18 C01).

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 27 de enero de 2023 se admitió el recurso interpuesto por Colpensiones así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Presentaron alegaciones la demandante y Colpensiones, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de apelación (archs. 06 y 08 C02).

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, razón por la cual en asuntos como este había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando 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 arts. 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 de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Bogotá DC 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 acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la 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 la administradora del RAIS, 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. Finalmente se verificará lo atinente a la imposición de costas procesales

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 6 de enero de 1967 (pág. 90 arch. 02 C01); **ii)** se afilió al extinto RPM y efectuó cotizaciones entre el 15 de junio de 1982 y el 31 de marzo de 1995, contando con 629.29 semanas en total (págs. 52 *idem*); **iii)** se trasladó al RAIS a través de Cesantías y Pensiones Colmena el 27 de marzo de 1995 (págs. 59 *idem*); **iv)** actualmente se encuentra afiliada a Protección SA en atención a la cesión efectuada por Colmena (págs. 62 *idem*).

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 art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. 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 art. 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 inc. 1º del art. 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 inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, norma 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 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».

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, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante quedó vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena hoy Protección SA, el 27 de marzo de 1995, y si bien en el formulario de vinculación suscrito por la accionante (pág. 59 arch 02 C01) 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, suficiente 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 supe 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 las AFP Colmena, hoy Protección SA, que hubiera 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 de la afiliada para esa época, 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, por lo que se **declarará** la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 27 de marzo de 1995 con su afiliación a la AFP Colmena, efectivo desde el 1º de abril del mismo año (págs. 59-62 arch. 02 C01).

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, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones 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, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), 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, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **modificará** el numeral primero de la sentencia apelada en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, y se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada, para ordenar que la AFP PROTECCIÓN SA, efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, junto con los bonos pensionales si los hubiere y, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, éstos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Respecto de la excepción de **prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional 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 del 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 instancia ante su no causación.

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

RESUELVE:

¹ CSJ SL1688-2019.

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 19 de abril de 2022, por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO del RPM al RAIS efectuada por la demandante el 27 de marzo de 1995, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación de la demandante, los bonos pensionales si los hubiere; y, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Even2OFnEx1FtcBDq86LvIUBQq_qT5nMRIBVFqNrO79naA?e=fr8I5Q

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8725bf9904df93238cbafa9c0e781280ae93f752505b1c53c94d86a645feb02b**

Documento generado en 25/08/2023 11:47:18 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>