



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  

---

Sala Segunda de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**

**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **ARTURO MARCOLINO GONZÁLEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

**EXP. 11001 31 05 001 2019 00024 01**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la sentencia proferida el 18 de Junio de 2020, por el Juzgado 1.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretende el demandante, que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a **PAGAR** a favor del señor **ARTURO MARCOLINO GONZÁLEZ**, el incremento pensional del 14% por persona a cargo, la señora MARTHA ORTIZ DE GONZÁLEZ, con retroactividad al 1.º de Junio de 2011, la indexación de las condenas proferidas, lo que resultare probado en virtud de las facultades Extra y Ultra petita, y la condena en costas para la demandada.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez a partir del 1.º de Junio de 2011; que contrajo matrimonio con la señora MARTHA ORTIZ DE GONZÁLEZ el día 14 de Agosto de 1976, con quien convive y quien depende económicamente de él por cuanto no trabaja ni disfruta de pensión alguna.

Agregó, que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES en la resolución que le concedió la pensión de vejez, en la cual no le reconoció el incremento pensional por persona a cargo estipulado en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, y esta norma no ha sido objeto de derogatoria.

El demandante, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el reconocimiento del 14% sobre la pensión mínima legal por persona a cargo más la indexación, petición que le fue negada por dicha entidad mediante comunicación del 30 de Noviembre de 2018. (fl.º 26).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Prevía subsanación la demanda fue admitida el 21 de enero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (f.º 27).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, contestó manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante especialmente a que la entidad demandada le reconozca y pague el incremento adicional de su pensión en el 14% que le fue negado en comunicación del 30 de Noviembre de 2018, en razón a que Colpensiones le otorgó una pensión de vejez en conformidad con el ordenamiento legal. Así mismo, que el Artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 literal b) para el momento en que el actor cumplía con los requisitos para obtener el derecho pretendido a la pensión de vejez dicha normatividad se encontraba derogada conforme a lo consagrado en los artículos 36, 283 y 289 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera, manifestó que debe tenerse en cuenta la Sentencia SU 140 de 2019, de la Honorable Corte Constitucional, en la cual se manifiesta que el derecho a los incrementos pensionales establecidos en el Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aún en aquellos casos en los afiliados acreditaron los requisitos del régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o sea, que las personas que pretenden los incrementos pensionales de que trata el Decreto 758 de 1990, deben considerar que dicho Decreto fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1.º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, en la que no se mantiene el derecho a los incrementos de que trata el Artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Solicitó no ser condenado frente a ninguna de las pretensiones incoadas en su contra, y en su defensa, propuso como excepciones perentorias las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada o genérica. (fs.º 32 a 38).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º45 ).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 1.º Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia proferida el 18 de Junio de 2020, declaró probadas las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y ABSOLVIÓ a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las súplicas de la demanda, incoada en este caso, por el señor Arturo Marcolino González.

Para llegar a esta determinación, el *a quo* se fundamentó en la Sentencia de Unificación SU-140 de 2019, en la cual la Corte Constitucional manifiesta que el derecho a los incrementos pensionales establecidos en el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, dejaron de existir a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, considerando que dicho Decreto fue objeto de derogatoria orgánica el 1.º de abril de 1994, de lo anterior se colige que para poder acceder a este incremento, el demandante debió ostentar la calidad de pensionado antes de la entrada en vigencia de la citada Ley 100, lo que no ocurre en el presente caso dado que el actor adquirió su derecho a la pensión de vejez desde el 1.º de junio del 2011, por lo tanto, no le asiste el derecho al reconocimiento al incremento pensional deprecado.

#### IV. CONSIDERACIONES

No hay duda de la calidad de pensionado del demandante, acreditada con la Resolución n.º 114425 de 2011, que le reconoció su pensión de vejez a partir del 1.º de junio de 2011. Entonces, el problema jurídico a resolver, es el derecho del actor al incremento pensional por persona a cargo, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición.

Al respecto, la Sala precisa que el incremento pensional por cónyuge a cargo es un beneficio adicional a la pensión, regulado solo por el Decreto 758 de 1990, norma aplicable a los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que adquirieron su pensión con aportes efectuados exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales.

Lo anterior, es relevante en este caso, porque la norma aplicable a los beneficiarios del régimen de transición pensional es exactamente la que regía su situación pensional con anterioridad a la vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones, y así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 27 de julio de 2005 radicado 21517.

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que el demandante tiene derecho al incremento pensional solicitado, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que estos incrementos prescriben si no son reclamados dentro de los 3 años siguientes a la fecha de exigibilidad o el momento de reconocimiento de la pensión de vejez o invalidez, en sus sentencias de 18 de septiembre de 2012 radicaciones 40919 y 42300, y en la de 27923 de 12 de diciembre de 2007.

En el caso bajo examen, el reconocimiento pensional se dio en el año 2011, y la reclamación administrativa fue presentada solo hasta el año 2018, es decir, que trascurrieron más de tres años entre dichas fechas, razón por la cual, el derecho solicitado también se encontraría prescrito.

Por lo antes expuesto, se confirmará la decisión del a quo en su integridad.

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

**RESUELVE:**

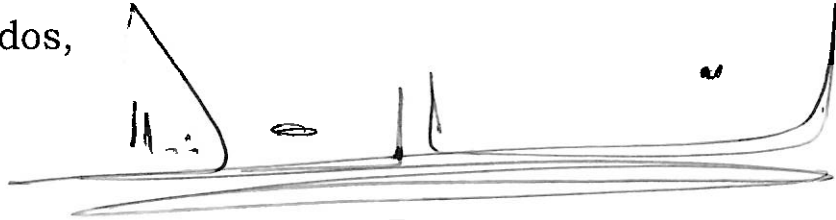
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de junio de 2020, por el Juzgado 1.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de la presente sentencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia, se confirman.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Aclaración de voto





**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**Clase de Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Radicación N°:** 110013105001201900024-01  
**Demandante:** ARTURO MARCOLINA GONZÁLEZ  
**Demandado:** COLPENSIONES

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Con el respeto acostumbrado que le profesamos a nuestro compañero de Sala, nos permitimos aclarar el voto en las presentes diligencias, como quiera y si bien compartimos la confirmación de la sentencia de primer grado, ello deviene de nuestro criterio sobre la vigencia de los incrementos pensionales.

En efecto, es menester advertir que la H. Corte Constitucional a través de sentencia SU 140-2019 estableció que los incrementos pensionales no se encuentran vigentes, ello con fundamento en que dada la promulgación de la Ley 100 de 1993, el sistema de pensiones vigente sufrió una transformación estructural cuya dimensión ameritó el establecimiento de un régimen que regulaba la transición del anterior al nuevo sistema, pero que a pesar de tal modificación no era posible afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya tuvieran derechos adquiridos ora una expectativa legítima sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a la pensión.

Con estas consideraciones, se dispuso por el alto Tribunal la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, esto es, edad, tiempo y monto; y que ante la ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la prementada Ley 100, hubo una derogatoria orgánica del régimen anterior dentro del cual cohabitaban los incrementos que se pretenden en el presente diligenciamiento.

En tal sentido, la mentada Corporación señala que los incrementos pensionales no son contestes con el inciso 11 del Acto Legislativo 01 de 2005, que establece un marco de sostenibilidad fiscal así, «guarda una relación de medio a fin con la sostenibilidad del sistema de pensiones que se pretendió asegurar con el referido acto legislativo», y en ese orden de ideas, en el evento hipotético que se considerase su vigencia, al verse afectado el principio de sostenibilidad del sistema pensional habría que inaplicarlo por inconstitucional, por demás que serían contrarios a los principios de universalidad y de solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.





*Rama Judicial*

Recordamos a la letra lo expuesto por la H. Corte Constitucional en esa sentencia de unificación a la que hemos hecho referencia:

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.”

Son entonces suficientes las anteriores razones, para aclarar nuestro voto en estas diligencias.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. S.' with a stylized flourish.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rhina Patricia Escobar Barboza'.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA





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

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **HERBER ANTONIO FLOREZ ZAMBRANO** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

**EXP. 11001 31 05 002 2018 00738 01.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, respecto de la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020, por el Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a Porvenir S.A., el 14 de abril de 1997, por existir incumplimiento de un deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible; en consecuencia, Colpensiones debe recibirlo, activarlo y afiliarlo en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, bono y otros títulos pensionales a los que hubiere lugar (f.º 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de julio de 1960; realizó aportes en I.S.S., desde el 27 de septiembre de 1982, posteriormente los consignó en la A.F.P. Porvenir desde el 14 de abril de 1977, su afiliación a este fondo de pensiones se dio por cuanto hacia parte del mismo grupo empresarial al que pertenecía su empleador.

Agregó, que dicho fondo no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente, a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva, para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual; aseguró, que no se le informo la sobre los efectos y consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como las características de ambos regímenes pensionales.

Afirmó, que el día 31 de julio de 2018, que por petición de él, la A.F.P. Porvenir S.A., le informó que su pensión sería menor que la de

Colpensiones al cumplir los 62 años de edad; por lo que intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada (f.º 2-3).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de enero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 55).

**COLPENSIONES**, contestó con oposición parcialmente a las pretensiones, toda vez que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al firmar el formulario de dicha afiliación de manera libre, consiente y voluntaria; en su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, innominada o genérica (f.º 74-88).

**PORVENIR S.A.**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales; en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica (f.º 102-110).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 73, vto).

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de agosto de 2020, declaró “nula o inválida” la afiliación efectuada el 14 de abril de 1997 ante Porvenir S.A.; ordenó a dicha entidad (Porvenir) a trasladar los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, actualizar su historia laboral, recibir los aportes y tener entre sus afiliados al demandante como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S. (f.º 173-174).

### IV. RECURSOS DE APELACIÓN

**COLPENSIONES**, apeló con el argumento de que para el día 21 de septiembre de 2018, el demandante contaba con más de 58 años, encontrándose en una prohibición legal y en donde no reúne los requisitos exigidos, ya que solo contaba con menos de 374 semanas cotizadas en I.S.S. Así como tampoco, se acredita los vicios del consentimiento dentro del expediente; que no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo. Se observa además, que no se tuvo en cuenta las razones esgrimidas por Colpensiones en lo atinente a las disposiciones que la ley emana frente a la nulidad deprecada, pues no se logró demostrar alguna situación fáctica, ni evidenciar cuales fueron los vicios del consentimiento que rodearon la suscripción del formulario de afiliación y que debieron probarse a efectos de declarar la nulidad.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, sostuvo en su apelación, que para el momento del traslado el ordenamiento jurídico no se determinaba una forma concreta en que las A.F.P. debían brindar

información, como tampoco, la obligación de documentar la asesoría brindada, y más aún, con el formulario de afiliación, sumado a que las asesorías eran de manera verbal, además, que solo fue hasta el desarrollo legislativo y jurisprudencial que se dieron nuevas obligaciones, y ellas nacieron con posterioridad a la afiliación del demandante, adujo también, el hecho de que hay que tenerse en cuenta que el acto jurídico de traslado del demandante al R.A.I.S. fue cumplido con los presupuestos legales que regulaban el tema para la fecha en que ocurrió dicha afiliación, y que el demandante fue negligente acerca de averiguar por su futuro pensional, ya que admitió que nunca investigó al respecto; en todo caso, tuvo la oportunidad de retractarse al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003 y la Circular 01 de 2004, de la Superintendencia Financiera, como fue publicado en medios de comunicación de amplia circulación nacional, y no lo hizo.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en

virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 15 de julio de 1960 (f.º 14); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 27 de septiembre de 1982 hasta el 14 de abril de 1997, 374.14 semanas (f.º 22-25); **iii)** que el mes de mayo de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., (f.º 29-35), **iv)** formulario de afiliación a Porvenir S.A. (f.º 20).

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

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien

para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

*“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar*

con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el

*demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”*

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

*(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la*

*documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”*

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 20 y 112, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 14 de abril de 1997, con la A.F.P. Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en

---

<sup>1</sup> CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

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

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

---

<sup>2</sup> CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la

*seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”<sup>3</sup>, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.*

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A. el 14 de abril 1997, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020, por el Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad 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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

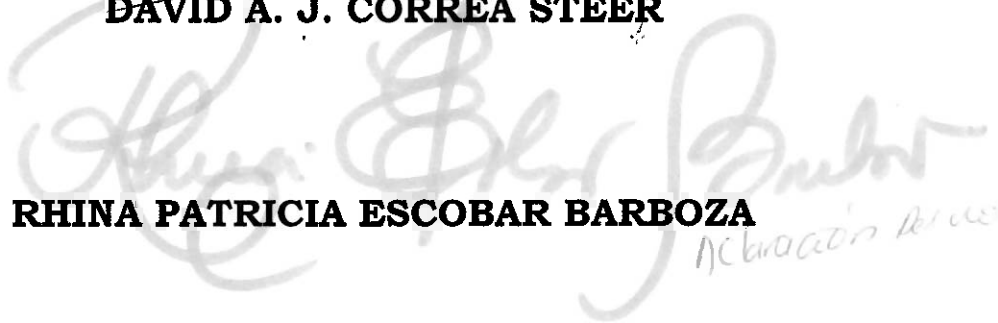
<sup>3</sup> SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**





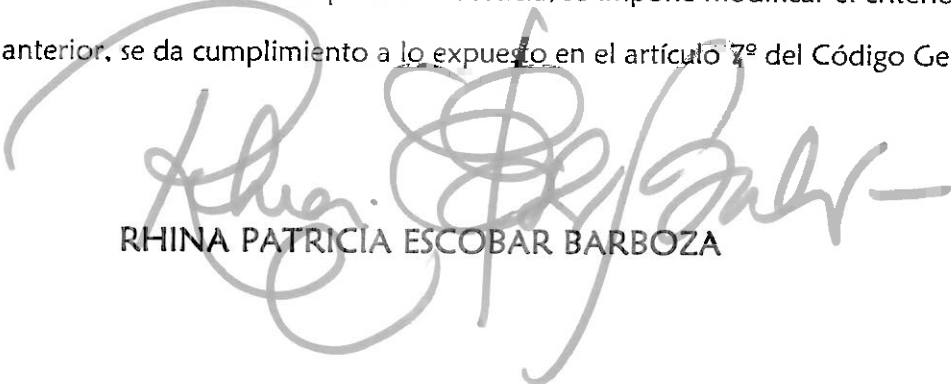
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

|                                 |                                |
|---------------------------------|--------------------------------|
| Clase de Proceso:               | ORDINARIO LABORAL              |
| Demandante:                     | HERBER ANTONIO FLÓREZ ZAMBRANO |
| Demandando:                     | COLPENSIONES Y OTRO            |
| Código Único de identificación: | 110013105002201800738-01       |
| Magistrado Ponente:             | DAVID A.J. CORREA STEER        |

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **ÁNGELA INÉS ROBLEDO PALOMEQUE** en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

**EXP. 11001 31 05 004 2019 00080 01.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL591-2021, y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad de la afiliación efectuada el 24 de mayo de 1996, del R.P.M. al R.A.I.S. Consecuencialmente, que se ordenara a PORVENIR S.A. a trasladar las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, al R.P.M; que se ordenara a la misma aceptar el

traslado y realizar el estudio de la pensión de vejez de la actora bajo los parámetros establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993: a lo que resultare probado ultra y extra petita, y que se condenara al pago de las costas a las demandadas.

Para el efecto, manifestó que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media desde el 6 de mayo de 1977 hasta el 31 de agosto de 1982; que cotizó a dicho régimen un total de 276.43 semanas; que el 24 de mayo de 1996 se trasladó al fondo privado COLMENA, sin que le fuera brindada ningún tipo de asesoría; que cuando cumplió los 55 años se dirigió al fondo privado Colmena, hoy Protección S.A., para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez, y que en dicha oportunidad le informaron que debía esperar hasta los 57 años de edad para reclamar su pensión; que el 18 de junio de 2009 y el 23 de enero de 2010, radicó derecho de petición ante el I.S.S. para solicitar su traslado de régimen pensional pero que la entidad rechazó las solicitudes; que el 3 de diciembre de 2018 solicitó a Protección S.A. una simulación pensional; que el 11 de diciembre de 2018 solicitó la nulidad de traslado; que el 21 de diciembre de 2018 el fondo le indicó que no era competente para declarar la nulidad; que el 27 de noviembre de 2018 radicó ante Colpensiones la misma solicitud, y que mediante oficio n.º BZ\_15110902-365897 de 28 de noviembre de 2018, Colpensiones rechazó la misma con el argumento de que le faltaban menos de diez años para pensionarse.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 27 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 92).

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de

la demanda. Manifestó que no le costaba las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la asesoría brindada a la actora del R.A.I.S.

Propuso las excepciones de invalidez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción (f.º 103 a 112).

**PROTECCIÓN S.A.**, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la actora. Alegó en su favor que el traslado de la demandante es un acto existente, válido, exentos de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, por lo que no procedía la declaración de nulidad y/o ineficacia del mismo.

Invocó las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, imposibilidad de declaratoria de nulidad por inexistencia de situación anterior, 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, e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (f.º 133 a 149).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 6 de noviembre de 2019, absolvió a las demandadas; de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para fundamentar su decisión, el juzgado aseveró que de las pruebas obrantes en el plenario era claro que la demandante se

acogió al R.A.I.S., administrado por Protección S.A., de forma voluntaria, como quiera que nunca estuvo afiliada al R.P.M, por lo que el acto efectuado en 1996 no fue un traslado de régimen sino la escogencia de uno de los regímenes previstos en la Ley 100 de 1993, esto es el R.A.I.S, dada la entrada en vigencia de dicha normativa.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida. Manifestó, que no se le indicó la existencia de dos regímenes pensionales, y que no se le dijo que podía afiliarse al I.S.S., por lo que es claro que no recibió información completa, veraz y eficaz respecto de los regímenes pensionales.

Arguyó, que las Cajas de Previsión Social pasaron de manera automática al Seguro Social, si la persona no decidía trasladarse a un fondo privado, e indicó que obró de buena fe al suscribir el formulario de afiliación a Protección S.A., pues confió en lo que el asesor le reveló, y que después de un tiempo le fue ocasionado un perjuicio irremediable por lo que no se le señaló que perdería el régimen de transición.

Finalmente, afirmó que si se interesó por su situación pensional, debido a que en varias ocasiones solicitó al I.S.S. su traslado, pero que el mismo fue negado por tener 55 años de edad, y no ser beneficiaria del régimen de transición.

#### **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de

la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, en los términos establecidos en la sentencia STL591-2021, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos, con base en la sentencia SL1452-2019:

*«(...) [D]esde la sentencia CSJ SL 9 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, 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, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado».*

*En efecto, en sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL19447-2017 y SL4964-2018, la Corte adoctrino: «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».*

*A su vez, en sentencia CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017 y SL4964-2018 señaló: «A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple*

expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito».

*(...) [S]obre el particular, se advierte que Sala de la Corte entre otras, en sentencia CSJ SL1452 de 2019, precisó que no importar si el demandante tiene o no un derecho consolidado, o 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, en sí mismo considerado».*

*«(...) [A]hora bien, el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado de la actora -24 de mayo de 1994-, no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» (numeral 1.º, artículo 97 Decreto 663 de 1993) –vigente para la citada fecha-, premisa que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible».*

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 8 de abril de 1954, hecho que es pacíficamente aceptado por las partes procesales (f.º 15); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 276,43 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 120); **iii)** que el 24 de mayo de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A., (f.º 33, 66 y 161), y **iv)** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no

demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectado por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la nulidad del traslado de régimen pensional de la demandante Ángela Inés Robledo Palomeque, al Régimen de Ahorro Individual administrado inicialmente por Protección S.A., y como consecuencia, la AFP a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, es decir Protección S.A. deberá devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses de la demandante, incluyendo los gastos de administración, por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ SL1421-2019 y SL638-2020, criterio jurisprudencial que a partir de la presente providencia, acoge el suscrito Magistrado Ponente.

Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia apelada para en su lugar, **DECLARAR** la nulidad del traslado de Ángela Inés Robledo Palomeque, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 24 de mayo de 1996, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

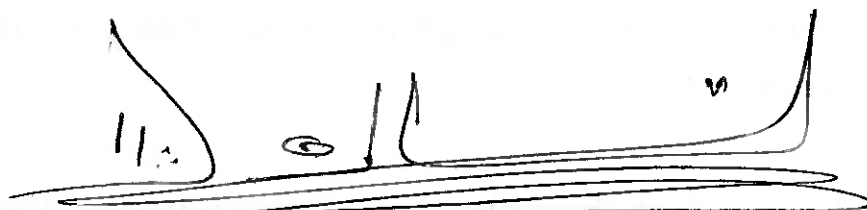
**SEGUNDO: CONDENAR** a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses, con la posibilidad de descontar los gastos de administración en que se incurrió, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**TERCERO: CONDENAR** a Colpensiones a aceptar los valores que reciba de Protección S.A., y admita el traslado de régimen pensional de la demandante, en virtud de la nulidad que se determinó en el numeral primero.

**CUARTO: SIN COSTAS** en ambas instancias.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

004-2019-0080-01

25-FEBRERO-2021





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

**DAVID A. J CORREA STEER**

**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **HECTOR OSWALDO ROMERO RUSINQUE** en contra de **PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.**

**EXP. 11001 31 05 004 2019 00087 01**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a Protección S.A., el 4 de enero de 1996, Old Mutual S.A., el 24 de noviembre de 2005, y Porvenir S.A., el 17 de enero de 2008, en consecuencia, Colpensiones debe recibirlo y afiliarlo en el régimen de prima media con prestación definida, que se condene a Protección, Old Mutual y Porvenir, a liberar de sus bases de datos y a devolver a Colpensiones, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, así como la rentabilidad obtenida, y el pago de las costas procesales (f.º 7-8).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 4 de septiembre de 1959; que el 23 de enero de 1986, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que cotizó hasta el 4 de enero de 1996, fecha en la cual se trasladó a Protección.

Agregó, que en visita efectuada por el asesor de Protección, este le manifestó que el Instituto de los Seguros Sociales iba a ser liquidado, y por esto, sus aportes estaban en riesgo, que dicho asesor no le realizó una proyección, ni un comparativo de su pensión en cada régimen, no le señaló el monto de capital requerido para una pensión en renta vitalicia y retiro programado, así como tampoco, le dijo nada sobre las consecuencias y desventajas que le acarrearía su traslado de régimen, ni que el plazo para retornar al Régimen de Prima Media vencía cuando cumpliera los 52 años de edad.

Puntualizó, que los formularios de afiliación a Old Mutual y a Porvenir S.A., no contienen información clara, precisa y suficiente

para tomar la mejor decisión sobre su perspectiva pensional, que en ningún momento le ofrecieron el consentimiento informado, que ni Porvenir, ni Protección, le enviaron oficio indicándole que cuando le faltaren 10 años o menos para tener derecho a la pensión de vejez no podía cambiar de régimen.

Afirmó, que en documento emitido por Porvenir S.A. el 1.º de marzo de 2018, se observa que el accionante posee un total de 1573 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, y un capital acumulado de \$391.276.827., que el 21 de junio de 2018, la misma A.F.P. emitió proyección pensional en la cual se aprecia que su mesada pensional sería de \$1.977.700., al cumplir los 62 años de edad.

Dijo, que realizó reclamación administrativa y solicitud de nulidad de traslado ante Protección S.A., Old Mutual S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, entidades que le negaron dicha solicitud (f.º 5-7).

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 5 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 108).

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentó que si brindó una asesoría integral y completa frente a las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, adujo además, que se le indicó las diferencias entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el régimen de prima media con

prestación definida, las ventajas y desventajas, y todo que conllevaba su traslado.

En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar anulación de traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento e innominada o genérica (f.º 127-148).

A su vez, **COLPENSIONES**, presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyó que de conformidad al artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, la única condición prevista que no exige límite de tiempo para solicitar el traslado de régimen, es que el afiliado acredite ser beneficiario del régimen de transición por haber efectuado cotizaciones con 15 años de anterioridad al 1.º de abril de 1994, que en el caso que nos ocupa, de la historia laboral del demandante se colige, que el mismo no era beneficiario del régimen de transición ni por edad, ni la totalidad de las semanas cotizadas, por lo que no tenía una expectativa pensional, y no se le afectaron derechos adquiridos.

Propuso como excepciones de fondo o merito, las de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción e innominada o genérica (f.º 156-166).

**PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, en especial a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del

demandante, alegó que este es un acto existente, válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata con la firma del formulario de afiliación; agregó, que el demandante no puede basar sus pretensiones en expectativas económicas de su mesada pensional, que un acto es nulo por vicios en el consentimiento y no por la favorabilidad económica de un acto jurídico.

Indicó, que la información brindada al demandante estuvo acorde a las disposiciones legales, y que su decisión de trasladarse de régimen pensional fue libre de presión y de engaños, teniéndose en cuenta que el actor tuvo la suficiente ilustración para decidirse por el traslado de régimen.

Propuso las excepciones de, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica (f.º 200- 213).

**PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, e indicó que existe soporte alguno de la existencia de los supuestos de hecho que acrediten error, fuerza o dolo, y más cuando las características, condiciones, ventajas y desventajas del R.A.I.S. que se encuentran establecidos claramente en la ley, por lo que, si el demandante hubiera tenido diligencia habría podido constatar, además de la información otorgada en su oportunidad, las condiciones del régimen que él selecciono.

Agregó, que el demandante no allegó prueba de las razones de hecho sustentaran de manera alguna la nulidad de la afiliación, adicionalmente, aseveró, que no se le puede exigir el cumplimiento de

requisitos para efectuar un traslado que surgieron después del mismo.

Propuso las excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica (f.º 228- 235).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 270, vto).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de marzo de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a Protección S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con todos sus frutos, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; así mismo, ordenó a dicha demandada (Colpensiones), a aceptar el traslado del actor y condenó a Protección S.A., al pago de las costas procesales (f.º 293-294).

### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

**PORVENIR S.A.**, apeló con el argumento de que dentro de la sentencia emitida por el *a quo*, no se observaba ningún fundamento legal que estableciera que el deber de información tiene como causal la ineficacia de pleno derecho; agregó, que las afirmaciones negativas y las negaciones indefinidas se presumen verdaderas, y por ende, no requieren de prueba, por esto, no se podría hablar de una carga dinámica de la prueba.

Añadió, que dentro del presente proceso se logró acreditar que sí se dio una información pertinente y clara, pues los formularios aportados no fueron tachados de falsos, y tampoco desconocidos, en cuanto a los gastos de administración, señaló que estos son elementos que se hacen para conservar los regímenes financieros, de los cuales el demandante se benefició y no está establecido que deban trasladarse.

Finalmente, dijo que la nulidad de los actos jurídicos se establece según los requisitos de la época, y para el año de traslado del demandante no era tan estricto como lo es desde el año 2014, por esto, no se puede aplicar la retroactividad de la Ley.

Por su parte, **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, con el argumento de que en el caso en particular existió una ratificación tácita por parte de demandante al trasladarse de fondo en fondo; adicionalmente, al condenarse a esa administradora a recibirlo nuevamente al Régimen de Prima Media, se atenta contra la sostenibilidad financiera.

## V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL

3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad, o ineficacia por falta de información suficiente por parte de las administradoras de pensiones demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 4 de septiembre de 1959 (f.º 29, 32); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 23 de enero de 1986 hasta el 18 de abril de 1995, (f.º 56, 72); **iii)** que el 4 de enero de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección S.A., (f.º 57 a 71), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculado a Porvenir S.A., con un total de 1573 semanas cotizadas (fl. 238 a 246).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el*

*sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 215, se avizora la certificación que el demandante suscribió el 10 de enero de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, que a folio 33 y 149, se tiene que el 24 de noviembre de 2005, se trasladó a SKANDIA S.A., y a folio 34, se observa que se trasladó al fondo PORVENIR S.A., a partir del 17 de enero de 2008, donde actualmente continúa afiliado, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

<sup>1</sup> CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

---

<sup>2</sup> CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»<sup>3</sup>, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

---

<sup>3</sup> SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. el 10 de enero de 1996, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

**RESUELVE:**

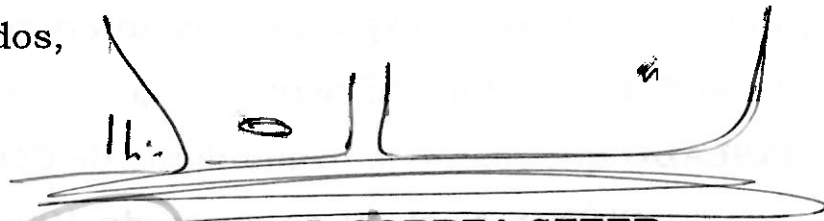
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

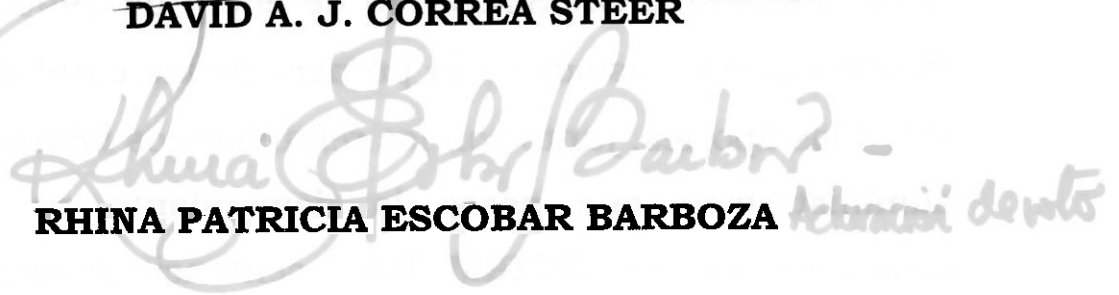
**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



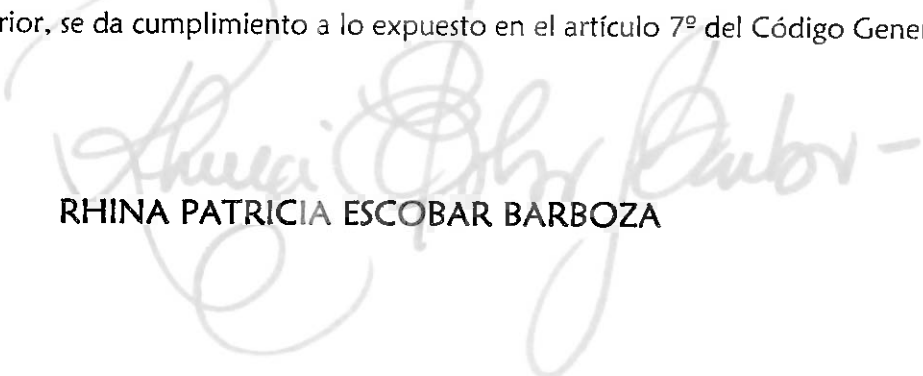
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

|                                 |                                |
|---------------------------------|--------------------------------|
| Clase de Proceso:               | ORDINARIO LABORAL              |
| Demandante:                     | HÉCTOR OSWALDO ROMERO RUSINQUE |
| Demandando:                     | COLPENSIONES Y OTRO            |
| Código Único de identificación: | 110013105004201900087-01       |
| Magistrado Ponente:             | DAVID A.J. CORREA STEER        |

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA





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

**DAVID A. J CORREA STEER**

**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **ALBA STELLA GONZÁLEZ CASTRO** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

**EXP. 11001 31 05 005 2019 00141 01.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 12 de junio de 2020, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del R.P.M. al R.A.I.S. efectuado el día 1.º de octubre de 1996, y a su vez, las afiliaciones a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.; en consecuencia, se condene a éstas últimas, trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; y a COLPENSIONES a recibirla sin solución de continuidad en el R.P.M.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 12 de diciembre de 1963; que se afilió al I.S.S. el día 4 de febrero de 1988, donde cotizó un total de 357 semanas; que realizó traslado de régimen pensional el día 1.º de octubre de 1996, cuando se afilió al R.A.I.S. administrado por PROTECCIÓN S.A.; que dentro de este régimen realizó varios traslados entre administradoras, encontrándose actualmente afiliada a OLD MUTUAL S.A., con un total de 1480 semanas cotizadas.

Agregó, que la aparente decisión libre y voluntaria de traslado de régimen pensional no estuvo precedida de la suficiente información, razón por la cual no existe consentimiento, libertad y voluntariedad; que PORVENIR S.A. no le informó antes del 12 de diciembre de 2010, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

Finalmente, señaló que el 2 de agosto de 2018, solicitó a OLD MUTUAL S.A. y a PORVENIR S.A. traslado de régimen pensional del R.A.I.S. al R.P.M., igualmente lo hizo con PROTECCIÓN el día 16 de

noviembre de 2018, y con COLPENSIONES el día 24 de agosto de 2018 (f.º 3-18).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de abril de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 77).

**COLPENSIONES**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; manifestó que la actora no tiene derecho a la nulidad del traslado, pues la afiliación al R.A.I.S. cuenta con validez, lo que se evidencia con la afiliación y cotizaciones efectuadas a los fondos de manera libre, espontánea y voluntaria, sumado a que no obra dentro del expediente soporte que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la actora.

En su defensa, propuso como excepciones las de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica (f.º 122-130).

**OLD MUTUAL S.A.**, contestó con oposición a las pretensiones y manifestó que no se puede aducir que el contrato de afiliación firmado con la demandante carece de validez jurídica, pues el mismo cuenta con los requisitos establecidos en el artículo 1495 del Código Civil. Sumado a lo anterior, señaló que para la fecha de afiliación a ésta A.F.P. la demandante ya se encontraba inhabilitada para trasladarse de régimen, por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión en el R.P.M. de acuerdo con lo establecido en el Artículo 2.º, literal E) de la Ley 797 de 2003.

Formuló como excepciones las denominadas prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (f.º 131-138).

**PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; arguyó, que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y fue suscrito de manera libre y espontánea; manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, pues la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, lo que desvirtúa la existencia de vicios del consentimiento.

Adicionalmente, indicó que la demandante no puede considerarse engañada porque en la actualidad el valor de la mesada pensional en el R.A.I.S. es inferior a la que obtendría en el R.P.M., ya que para el momento del traslado no era posible predecirlo puesto que le faltaban muchos años de cotización y edad para alcanzar una pensión de vejez, sumado a que, la manera como se liquida la pensión de vejez en el R.A.I.S. se encuentra consagrada legalmente.

Propuso como excepciones, las denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, traslado de aportes a Porvenir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado y movilidad dentro del R.A.I.S. a través de diferentes A.F.P. convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa y la innominada o genérica (f.º 165-192).

**PORVENIR S.A.**, se opuso a todas y a cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, manifestó que la afiliación de la actora a ésta A.F.P. se efectuó con el lleno de los requisitos legales

y reglamentarios, esto es, de manera libre, voluntaria y espontánea, sin que mediara coacción ni vicios del consentimiento; sumado a que, no existe siquiera prueba sumaria que evidencie que efectivamente la A.F.P. omitió su deber legal de información, por lo que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del R.A.I.S.

Formuló las excepciones de mérito denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y la innominada o genérica (f.º 219-226).

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

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de junio de 2020, declaró la nulidad del traslado del R.P.M. al R.A.I.S. realizado por la demandante a través de PROTECCIÓN S.A.; ordenó a OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES, y a éste a recibir, el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y condenó en costas únicamente a PROTECCIÓN S.A.

Como fundamento de lo anterior, consideró que no se logró demostrar por parte de la A.F.P., teniendo la carga de hacerlo, que la demandante hubiese recibido una información completa, veraz y suficiente sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional, lo que no estaba condicionado a que la misma fuese beneficiaria del régimen de transición o tuviese una expectativa cercana de pensión.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES**, apeló con el argumento de que no logró demostrar vicio en el consentimiento que conduzca a declarar la nulidad del traslado, sumado a que, de las pruebas allegadas se puede extraer que fue la demandante quien por voluntad propia decidió trasladarse de régimen pensional, lo que se evidencia con la suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, con los traslados realizados por la demandante dentro del R.A.I.S. queda evidenciada una ratificación tácita de la voluntad de permanecer a éste régimen pensional.

Adicionalmente, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata el Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, razón por la cual no es procedente su retorno al R.P.M., sumado a que, dicha declaratoria de nulidad afecta gravemente la estabilidad financiera del sistema y la solidaridad del mismo, ya que su pensión tendría que entrar a ser financiada por personas que sí han contribuido al régimen y que han permanecido en el mismo.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL

3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 12 de diciembre de 1963 (f.º 12); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 4 de febrero de 1988 (f.º 246); **iii)** que para el 1.º de abril de 1994 tenía un total de 229.89 semanas cotizadas en el R.P.M.; **iv)** que el 5 de agosto de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 209), y que posteriormente realizó traslados horizontales a PORVENIR S.A. (f.º 227) y Skandia, hoy OLD MUTUAL S.A., donde actualmente se encuentra vinculada (f.º 149).

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

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional.

Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 209, se avizora el formulario que el demandante suscribió el 5 de agosto de 1996, con la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., y que posteriormente, realizó traslados horizontales a PORVENIR S.A. (f.º 227) y a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A., donde actualmente se encuentra vinculada (f.º 149), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador*

<sup>1</sup> CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con*

---

<sup>2</sup> CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»<sup>3</sup>, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

---

<sup>3</sup> SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la con la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 5 de agosto de 1996, y que posteriormente, realizó traslados horizontales a PORVENIR S.A. y a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A., donde actualmente se encuentra vinculada, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

#### **RESUELVE:**

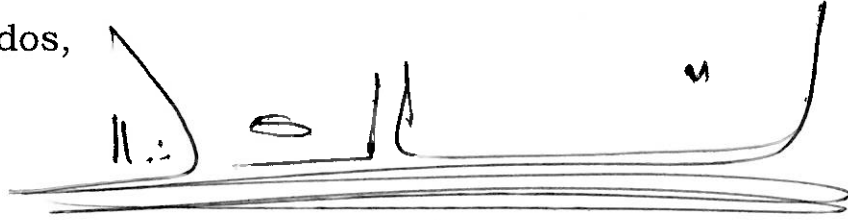
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 12 de junio de 2020, proferida por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

**DAVID A. J. CORREA STEER**

*Rhina Patricia Escobar Barboza*  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

*Además de  
rol*

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. C. Á.', written over a horizontal line.

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**





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

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por LEONOR ROJAS MAHECHA en contra de **COLPENSIONES, y COLFONDOS SA.**

**EXP. 11001 31 05 007 2018 00615 01**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado y la afiliación efectuada a COLFONDOS S.A., por estar viciada de error y dolo, que la A.F.P. traslade todos los aportes, junto con sus rendimientos, que la actora puede solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante COLPENSIONES, que se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar todos los aportes efectuados, junto con los rendimientos a COLPENSIONES, así como todos los detalles del traslado de aportes, a Colpensiones a activarla en el Régimen de Prima, aceptar y recibir el traslado de sus aportes, condenar a COLFONDOS S.A. a pagar las costas del proceso y a todo lo que resulte con motivo de las declaraciones extra y ultra petita (f.º 2).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 6 de febrero de 1961; realizó aportes en Caprecundi, el 1.º de junio de 1995, se trasladó a Colpensiones, que el asesor de COLFONDOS S.A. bajo engaños, le prometió que si se trasladaba a dicho fondo se podía pensionar con el monto de pensión que quisiera, que podía solicitar la devolución de sus aportes cuando deseara, que nunca le informaron las diferencias existente entre regímenes, tampoco le explicaron que el R.P.M., el valor de la pensión de vejez dependía del tiempo acumulado y de la base de cotización, y en el R.A.I.S., depende del capital ahorrado, no le informaron que en los fondos de pensiones los aportes constituyen una cuenta de ahorro individual, que desde el año 2017, solicitó su traslado al Régimen de Prima Media, que nunca recibió llamada o comunicación alguna para informarle que se podía trasladar antes de que le faltaran 10 años para pensionarse (f.º 3-5).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 15 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 156).

**COLPENSIONES**, contestó con oposición a las pretensiones, arguyó que solo procede el retorno al Régimen de Prima Media en cualquier tiempo, cuando tenga 15 años de servicios, que equivalen a 750 semanas al 1.º de abril de 1994, y que en el caso que nos ocupa la demandante no acreditó la densidad de semanas cotizadas al sistema.

Indicó, que la afiliación del demandante a los fondos privados cuenta con validez, ya que ella realizó cotizaciones de manera libre, voluntaria y espontánea; afirmó, que era obligación de la accionante informarse sobre las consecuencias de su traslado, y no lo hizo, por lo que está inmersa en un error de derecho, que no vicia el consentimiento, por ende, no hay derecho a la nulidad solicitada por la accionante.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito denominadas inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público e innominada o genérica (f.º 164-187).

**COLFONDOS S.A.**, de forma inicial se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que sí se le brindó asesoría integral y completa a la demandante acerca de las implicaciones del

traslado de régimen pensional, sus características, funcionamiento, diferencias con el Régimen de Prima Media, así como la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, también sobre cómo se construyen las pensiones en el Régimen de Ahorro Individual, entre otras, lo que llevó a la demandante a decidir de manera libre, voluntaria y espontánea trasladarse de administradora de fondos de pensiones; frente a los vicios del consentimiento, aseveró que el error de hecho no se configura, y que el error de derecho no vicia el consentimiento; dijo además, que la acción de nulidad se encuentra prescrita.

Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la de compensación y pago (f.º 208-223).

En audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, se allanó a las pretensiones de la demanda.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 261, vto).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 9 de marzo de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante realizada el 7 de febrero de 2012, a COLFONDOS S.A., ordenó a esta última a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, a

Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al régimen de prima media con prestación definida a la señora Leonor Rojas Mahecha, declaró no probada las excepciones propuestas por los fondos demandados en sus contestaciones, impuso costas a cargo de los fondos demandados, frente al allanamiento realizado por COLFONDOS fue declarado ineficaz.

En lo que tiene que ver con el allanamiento efectuado por COLFONDOS, señaló que en atención a lo dispuesto en el artículo 99 del Código General del Proceso, aplicable por analogía a la jurisdicción ordinaria laboral y al artículo 145 del estatuto procesal del trabajo y de la seguridad social, dicho allanamiento resulta ineficaz; agregó, que conforme a lo establecido en los numerales 5.º y 6.º de dicho artículo, el allanamiento es ineficaz cuando la sentencia debe producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros, y en este caso, la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto a Colpensiones, y cuando el litisconsorte necesario no provenga de todos los demandados, como en el caso de autos, la vinculación de los fondos que integran la parte demandada en sí conforman uno.

Asevero, que no obra en el expediente un medio probatorio que brinde la certeza de qué COLFONDOS al momento de lograr el traslado de la demandante de régimen pensional le hubiese suministrado la información veraz, Clara, precisa comprensible y detallada, respecto a las consecuencias que le acarrearía a su futuro pensional esa decisión de trasladarse un fondo privado, situación que constituye una omisión en su deber de información en los términos legales y jurisprudenciales.

Dijo, que se incumplió con la carga procesal, pues se le asignó la carga probatoria al fondo para que aportara todas las pruebas en su poder que acreditaran las capacitaciones, y la información en

temas de seguridad social que tenían sus asesores, pero ni siquiera logró la ubicación de esas personas, ni de su hoja de vida, para que el despacho pudiera interrogarlos, siendo que el fondo privado era quién tenía a su cargo dichas pruebas, ya que eran sus extrabajadores, y quienes estaban en la mejor posición de que la información que se le brindó a la demandante fue realmente eficaz.

En lo que tiene que ver con el formulario de afiliación, afirmó que no es de recibo del despacho afirmar que con la firma de la demandante se plasma su voluntad libre y consciente, pues en el proceso se acredita que la demandante desconocía la incidencia de su traslado de régimen pensional frente a sus derechos prestaciones pensionales, por lo que no puede estimarse satisfecho tal requisito con la simple expresión genérica de la firma; indicó, que desde el inicio le corresponde a las administradoras de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional, mediante la información que le suministren a los trabajadores que pretendían trasladar de régimen pensional, so pena de declarar ineficaz ese tránsito, por esto, el formulario de vinculación no constituye un medio probatorio suficiente para que se pueda inferir que a la demandante se le proporcionó la información adecuada para su traslado de régimen pensional, y que el fondo privado además cumplió con su deber de información, documentándose de manera clara y suficiente los efectos que le acarreaba a la demandante el cambio de régimen pensional.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES**, apeló con el argumento de que la demandante de manera libre y voluntaria, en ejercicio del libre albedrío tomo la decisión de trasladarse del R.P.M al R.A.I.S. Agregó, que la

demandante no hizo uso del derecho de retracto, el cual le da al afiliado la opción de dejar sin efectos su elección dentro de los 5 días hábiles a la fecha en la cual le haya manifestado por escrito la correspondiente elección. Indicó, que el retorno al R.P.M. ayudaría considerablemente a la descapitalización del sistema pensional.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen

pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 6 de febrero de 1961(f.º 16); **ii)** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 10 de febrero de 1981 hasta el 31 de enero de 2001, un total de 417,29 semanas (f.º 63 y 147); **iii)** que el 7 de febrero de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A. (f.º 69 a 76, 225 y 251), fondo en el que actualmente se encuentra vinculada.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

*(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del*

*fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”*

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de

la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 69 a 76, 225 y 251, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 7 de febrero de 2002, con la A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

*De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes*

*para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”<sup>1</sup>*

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que “la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

---

<sup>1</sup> CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

<sup>2</sup> CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»<sup>3</sup>, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A. el 7 de febrero de 2002, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

---

<sup>3</sup> SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

**RESUELVE:**

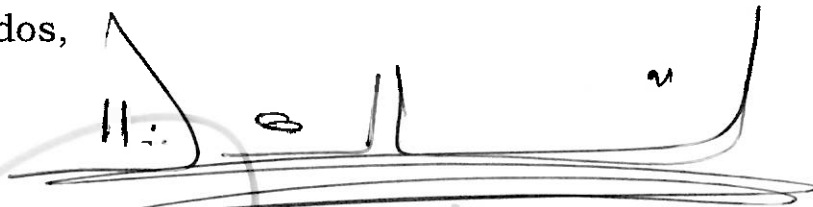
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

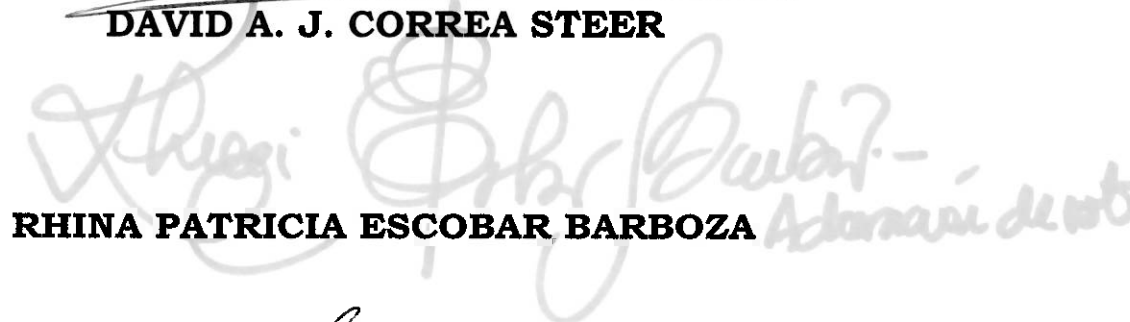
**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**





Rama Judicial

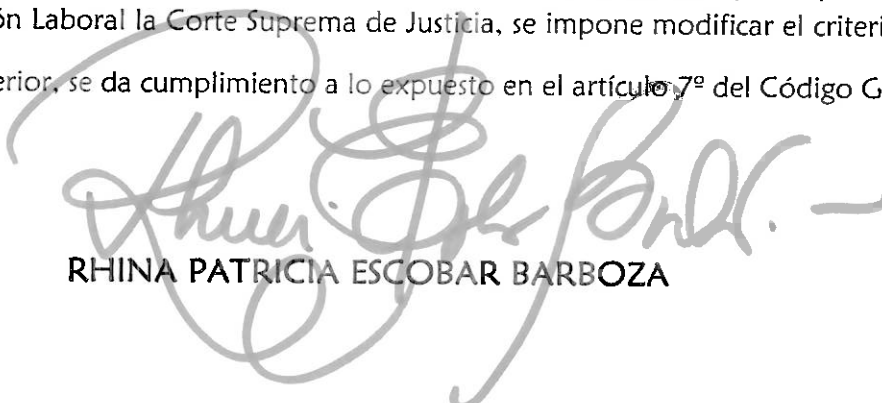
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

|                                 |                          |
|---------------------------------|--------------------------|
| Clase de Proceso:               | ORDINARIO LABORAL        |
| Demandante:                     | LEONOR ROJAS MAHECHA     |
| Demandando:                     | COLPENSIONES Y OTRO      |
| Código Único de identificación: | 110013105007201800615-01 |
| Magistrado Ponente:             | DAVID A.J. CORREA STEER  |

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA





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

**DAVID A. J CORREA STEER**

**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **LUZ MARINA AGUILERA OSPINA** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y U.G.P.P.**

**EXP. 11001 31 05 007 2019 00157 01.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, respecto de la sentencia proferida el 19 de junio de 2020, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare no es válido, y por ende ineficaz, su traslado efectuado al R.A.I.S. administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., razón por la cual, continúa válidamente afiliada al R.P.M. administrado por COLPENSIONES; consecuentemente, se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES, y a éste a recibir, los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos, correspondientes al periodo transcurrido entre la afiliación y hasta la fecha en que se efectúe el traslado.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de enero de 1963; que empezó a cotizar a Cajanal en el año 1993; que el 1.º de abril de 1995, se trasladó al R.A.I.S. administrado por PROTECCIÓN S.A. donde continúa cotizando hasta el momento; que ésta A.F.P., al momento del traslado, no entregó información detallada y puntual acerca de su pensión y de los factores que incidirían en la misma al momento de liquidarla, así como tampoco, de los riesgos que implicaría su traslado.

Finalmente, señaló que el 14 de diciembre de 2018, solicitó a PROTECCIÓN S.A. la nulidad de su afiliación; solicitud de la cual no se ha tenido respuesta. Del mismo modo, indicó que en dicha data, solicitó a la U.G.P.P. y a COLPENSIONES recibirla como afiliada, sin embargo, dichas solicitudes fueron negadas por cada entidad (f.º 4-11 exp. dig.).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de abril de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 106 exp. dig.).

**COLPENSIONES**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que, dentro del expediente no obra prueba que demuestre que la A.F.P. hubiese hecho incurrir en error al demandante por la falta del deber de información o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, sino que contrario a lo anterior, de las documentales allegadas al plenario se observa que el traslado se hizo de forma libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, sumado a que la demandante no cumple con los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, y se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contemplada en el Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003.

En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (f.º 112-140 exp. dig).

La U.G.P.P., se opuso a las pretensiones incoadas por la demandante y señaló que, dado que ésta entidad no es una administradora del R.P.M., no es posible que reciba dentro de su nómina a la actora, ya que el objetivo principal de ésta es reconocer y administrar derechos pensionales a cargo de administradoras exclusivas de servidores públicos del R.P.M. del orden nacional o de aquellas entidades públicas que se encuentren en proceso de

liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando.

Formuló como excepciones, las denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, prescripción e improcedencia de la imposición de costas procesales (f.º 148-153 exp. dig).

**PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; arguyó que la demandante realizó una selección inicial de régimen pensional con la A.F.P. COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., la cual estuvo precedida de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por la selección de régimen pensional, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, las desventajas, y en general, todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional.

Propuso como excepciones, las denominadas declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a Colmena, hoy Protección S.A., buena fe por parte de Colmena, hoy Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la excepción genérica (f.º 235-248).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 219).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de junio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante al R.A.I.S. efectuado con el fondo Colmena, hoy PROTECCIÓN S.A. el día 2 de abril de 1995; ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado a COLPENSIONES, quien deberá recibir a la demandante en el R.P.M. sin solución de continuidad desde su afiliación inicial a Cajanal.

Finalmente, declaró probadas únicamente las excepciones propuestas por la U.G.P.P. y condenó en costas a Colpensiones y a Protección S.A.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES**, apeló para que sea revocada la sentencia proferida por el a quo en su totalidad; arguyó, que el precedente jurisprudencial debe ser aplicado de manera objetiva, ya que deben ser analizadas las circunstancias en cada caso concreto, especialmente, porque la demandante no tenía expectativas legítimas, ni era beneficiaria del régimen de transición, sumado a que la demandante tuvo más de 20 años para solicitar información respecto de su situación pensional, pero no lo hizo.

Lo anterior, sumado a que dicha declaratoria de nulidad afecta gravemente la estabilidad financiera del sistema, ya que pese a que se van a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los mismos no van a ser suficientes para financiar la

pensión de la actora, lo que genera un detrimento patrimonial y una descapitalización del sistema.

**PROTECCIÓN S.A.**, apeló la sentencia parcialmente proferida por el juzgador de primera instancia, esto es, frente a lo que respecta a la devolución de los gastos de administración. Manifestó, que la comisión de administración que descuentan los fondos se destina a administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados y para pagar un seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales operan tanto en el R.A.I.S. como en el R.P.M., por lo que en el hipotético caso en que se confirme la sentencia de primera instancia, lo único procedente sería la devolución de los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros, que incluso, estos últimos, constituyen un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía

Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 15 de enero de 1963; **ii)** que se cotizó a Cajanal desde el 16 de noviembre de 1993 (f.º 24); **iii)** que para el 1.º de abril de 1994, tenía un total de 10.69 semanas cotizadas en dicha entidad (f.º 24); **iv)** que el 2 de abril de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colmena, hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 249), donde continúa afiliada.

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

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado,

quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

*“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto*

*desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

*En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que*

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó

a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 249, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 2 de abril de 1995, con la A.F.P. COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

*dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”*

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

*(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que*

---

<sup>1</sup> CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

*su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”<sup>2</sup>*

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

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

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los*

<sup>2</sup> CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

*cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»<sup>3</sup>, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., el 2 de abril de 1995, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en

---

<sup>3</sup> SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 19 de junio de 2020, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

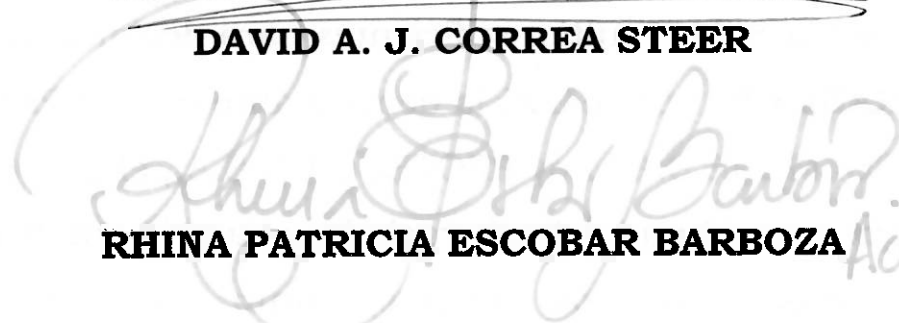
**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



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

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **GLORIA ESPERANZA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ** en contra de **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.**

**EXP. 11001 31 05 008 2018 00184 01.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones, COLFONDOS S.A. y el Ministerio De Hacienda; así como surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 30 de junio de 2020, por el Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado el día 1.º de agosto de 2002, a COLFONDOS; en consecuencia, ordenar a Colpensiones admitir el correspondiente traslado de la accionante, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

Corolario de lo anterior, se solicitó que se condene a la entidad demandada a autorizar y efectuar el traslado del solicitante a Colpensiones, así mismo, condenar a la A.F.P. demandada a trasladar a Colpensiones los dineros depositados en la cuenta individual de ahorros de la recurrente; como consecuencia inmediata, solicita condenar a Colpensiones al reconocimiento del pago de la mesada pensional de acuerdo al promedio de lo cotizado en los 10 últimos años anteriores por parte de la accionante.

Como sustento fáctico relevante a sus pretensiones, expuso que nació el 5 de diciembre de 1959; empezó a realizar aportes al I.S.S. a partir del mes de agosto de 1981; al momento de entrada en vigor del sistema general de pensiones, contaba con 34 años, por lo que al momento de su traslado no era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó, que por motivo de las visitas realizadas por los asesores de COLFONDOS S.A., y previa información suministrada en relación con que podía trasladarse en cualquier tiempo al I.S.S., que tendría su propia cuenta individual de ahorros; que en caso de muerte, le sería entregada a su hijo, que por pasarse al fondo le colocarían al día toda su historia laboral; que procederían a tramitar todo lo concerniente con el bono pensional, y que decidiera

trasladarse por motivo de que el I.S.S. se iba a liquidar; decidió trasladarse a COLFONDOS S.A., traslado que se hizo efectivo a partir del 1.º de agosto de 2002.

Agregó, que los asesores del fondo privado únicamente le informaron de la modalidad de retiro programado, que omitieron informarle el derecho de retracto de la afiliación en el momento de suscribir el formulario; que omitieron el informarle que requería un capital mínimo en su cuenta individual de ahorros que le garantizará el 110 por ciento de un salario mínimo, que nunca se le presentó una proyección de su mesada pensional comparada en ambos regímenes de pensión; y que no se le informó sobre el límite de tiempo de los 10 años a la edad de pensión para trasladarse entre regímenes pensionales.

Informó, que trabajó para la Federación Nacional de Comerciantes hasta el 30 de septiembre de 2012, por retiro negociado; que mediante un comunicado del 29 de enero de 2014, recibió información relevante del bono pensional y de la mesada pensional a recibir, y que en la actualidad, percibe pensión de vejez en la modalidad de retiro programado desde el mes de mayo de 2014 (f.º 4-11 y 95).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 16 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 96).

**COLPENSIONES**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyó que no hay razón a que se declare la nulidad de la afiliación del régimen de Ahorro individual con Solidaridad de la demandante, en razón de que la afiliación tiene plena validez y

legalidad, puesto que no se probó por parte de la accionante alguna de las causales de nulidad, como vicios del consentimiento; sino que por el contrario, la parte actora confesó en los hechos de la demanda que se afilió a COLFONDOS S.A, que firmó el formulario de afiliación, lo cual evidencia pleno conocimiento de la intención de la demandante de trasladarse de fondo, por lo tanto, existió voluntad de trasladarse de régimen pensional, tanto es así, que posteriormente aceptó la pensión reconocida por la A.F.P. al que se encuentra afiliada.

En su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la excepción genérica. (f.º 108-113)

**COLFONDOS S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, manifestando que la actora presentó solicitud de pensión el día 27 de febrero de 2014, y que en la actualidad ya se encuentra pensionada mediante la modalidad de retiro programado de Colpensiones S.A., esto, al traer como consecuencia que la A.F.P. pueda negarse a realizar el traslado del afiliado que ya se encuentre disfrutando de una pensión.

Dijo al mismo tiempo, que a pesar que la accionante manifestó la existencia de engaños y omisiones en la información suministrada por parte de los asesores de COLFONDOS S.A., ella no demostró la existencia y la procedencia de algún vicio del consentimiento que proceda a declarar nulo el contrato celebrado de afiliación con la A.F.P. la cual goza de todos los requisitos de existencia y validez exigidos por ley; por lo tanto, y como consecuencia de lo anterior, tampoco se puede declarar nulo el traslado entre regímenes pensionales, dado que se puede observar el ánimo y el consentimiento de la actora en realizar el traslado al R.A.I.S.

Además, manifestó que si existiera la mínima posibilidad de declarar la existencia de alguno de los vicios del consentimiento se ha de tener en cuenta que esta situación ya fue saneada por la correspondiente prescripción de la acción, y por la ratificación tácita de la actora del negocio jurídico de afiliación. Además, en el expediente no consta pruebas de solicitudes presentadas ante el fondo de pensión, manifestando alguna duda sobre el régimen o aclaración del mismo, además, máxime cuando procedió a presentar su solicitud de pensión ante COLFONDOS S.A.

Por último, expuso que se opone al traslado de los aportes efectuados que se encuentran en la cuenta individual de la actora, junto con los rendimientos financieros, por cuanto la demandante se encuentra válidamente vinculada al fondo de pensiones privado; además, la declaratoria de nulidad del traslado traería como consecuencia la anulación del bono pensional, esto causando afectación de los recursos públicos de la Nación–Ministerio de Hacienda; como segunda consecuencia, la actora se vería en la obligación de la devolución de las mesadas pensionales entregadas por mi representada desde la fecha de reconocimiento de la pensión y hasta la ejecutoria de la sentencia; y como tercera consecuencia, cualquier diferencia entre los recursos administrados por el R.A.I.S. y los que se hubieren causado en el R.P.M., deben ser asumidos directamente por el afiliado y no por su representada.

En su defensa, formuló como excepciones la de falta de integración de litisconsortes necesarios, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, validez de la afiliación al R.A.I.S., saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, inviabilidad del traslado de régimen pensional, situación pensional

consolidada-reconocimiento pensional, compensación y pago, y excepción innominada o genérica.

Así mismo, la entidad demandada en el término de traslado de la demanda procedió a incoar demanda de reconvención en contra de la demandante.

Pretendió la entidad demandante en reconvención, que se declare no procedente la pretensión de nulidad del traslado de la reconvenida; que en caso de prosperar la nulidad de afiliación y autorizarse el traslado de régimen pensional, se condene a la reconvenida a reintegrar a la entidad demandante en reconvención todas aquellas sumas de dinero entregadas a título de mesada pensional a partir de la fecha del reconocimiento del hecho hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso; como consecuencia de la pretensión anterior, condenar a la demandada en reconvención a cancelar las sumas que se prueben en el proceso con su debida indexación.

Por último, como pretensión especial, solicitó que por la voluntad de la reconvenida de no seguir siendo parte del R.A.I.S. se autorice a COLFONDOS S.A., a no seguir reconociendo el pago de las mesadas pensionales a favor de la demandada en reconvención.

Como fundamento fáctico que soporta las pretensiones, manifestó que la demandada en reconvención suscribió el formulario de afiliación a Colfondos, el día 12 de enero de 2001, que la afiliación se hizo efectiva el 1.º de marzo de 2001, producto de un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida; que la accionada en reconvención, a fecha del traslado de régimen pensional, no se encontraba amparada por el régimen de transición.

Además, manifestó que la reconvenida ratificó su voluntad de seguir afiliada en el R.A.I.S. ya que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el día 27 de febrero de 2014; que previa información suministrada de las modalidades de retiro, la accionada escogió la modalidad de pensión de retiro programado; que autorizó el bono pensional; que mediante comunicado del año 2014, la entidad demandante comunicó a la demandada el monto de la mesada pensional a recibir a partir del mes de mayo del 2014; que en ningún momento por parte de la reconvenida se procedió a ejercer el respectivo derecho de retracto de la afiliación; que la demandada en reconvención se encuentra pensionada en el R.A.I.S. desde mayo de 2014. (f.º 135 – 186)

La demanda en reconvención se admitió el 21 de noviembre de 2018, ordenándose su traslado a la parte reconvenida. (f.º 187)

La accionada reconvenida, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, manifestó que es procedente la declaratoria de la nulidad de la afiliación, toda vez que COLFONDOS S.A., incurrió en notables deficiencias en la asesoría, ocultó la verdad e incurrió en su deber de dar buenos consejos en lo relacionado a sus deberes de información que le es exigido por la ley.

Así mismo, manifestó que las mesadas pensionales recibidas por la pensionada las ha recibido de buena fe exenta de toda culpa; por lo tanto, se opone a la pretensión de la entidad demandante en reconvención dirigida en condenar a la reconvenida a devolver los dineros recibidos a título de mesada pensional con su debida indexación por motivo de que si se declara la nulidad de afiliación en el R.A.I.S., quien debe asumir los dineros entregados a título de mesada pensional con su debida indexación debe ser Colpensiones, y que se debe tener en cuenta que la solicitud de nulidad de la afiliación

Y/o el traslado no son incompatibles con la condición de situación jurídica de pensionado.

Por último, manifestó la oposición de la pretensión especial incoada por parte de la entidad demandante en reconvención, por motivo de que la solicitud de dejar de reconocer la mesada pensional a la reconvenida por el simple hecho de no querer pertenecer más al R.A.I.S. vulnera los derechos fundamentales de la reconvenida; además, va en contravía de los postulados y deberes constitucionales impuestos a las A.F.P. en relación con el reconocimiento de las mesadas pensionales.

Para su respectiva defensa, propuso las excepciones de improcedencia de la suspensión del pago de la pensión de vejez, buena fe y vulneración de derechos fundamentales, derecho fundamental a la salud, derecho al mínimo vital y la excepción innominada o genérica. (f.º 188 – 196)

Por motivo de la prosperidad de la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario interpuesta por COLFONDOS S.A., mediante providencia del 10 de julio de 2019, se ordenó la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público–Oficina de Bonos Pensionales, por consiguiente, se procedió a ordenar la notificación de la demanda inicial y enviar la respectiva copia de la demanda para correr traslado de esta a la parte vinculada (f.º 198).

**EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, manifestó que por ley no cumple funciones de administradora del Sistema General de Pensiones, por lo tanto, no tiene ninguna injerencia en el reconocimiento, pago y traslados que hagan sus afiliados, dado que esta competencia le pertenece por mandato legal

a las Administradoras del Sistema General en Pensiones, por consiguiente, solicitó que se le desvincule del presente proceso.

En cuanto a las pretensiones de fondo del asunto, manifestó que la demandante no cumplió con la carga probatoria de demostrar las maniobras engañosas o fraudulentas por parte del fondo de pensión que la llevaron a realizar su correspondiente traslado al R.A.I.S.; además, que por su condición de pensionada, y enfatizando que fue por la misma solicitud de pensión “ANTICIPADA” realizada por la demandante ante la A.F.P., condición que ostenta hace más de 5 años, es presupuesto y acto jurídico claro de ratificación de su afiliación al R.A.I.S., que hace inoperante las pretensiones incoadas de nulidad de la afiliación por ir contravía de los postulados legales de que el traslado solo opera para las personas con calidad de afiliado más no de pensionado.

Además, la accionante no ejerció las facultades reconocidas por ley para volver al R.P.M., por lo tanto, si existiese algún presupuesto de nulidad de la afiliación la presente ya se encuentra saneada por el actuar de la actora y por el paso del tiempo para solicitar la declaratoria de nulidad del negocio jurídico celebrado.

También, manifestó que en caso de aprobar la anulación de la afiliación de la demandante, esto llevaría a la necesidad de anular el bono pensional clase A modalidad 2 reconocido a la demandante, ya que el presente es incompatible con el régimen de prima media con prestación definida.

Para su defensa interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe, prescripción y la excepción genérica (f.º 201- 212).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 91).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 12 de enero de 2001, mediante la afiliación realizada a COLFONDOS S.A.; condenó a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional de la actora; al mismo tiempo, se condenó a COLFONDOS, a trasladar a Colpensiones todos aquellos valores que se encuentran en la cuenta individual de ahorros de la accionante, incluido los intereses y rendimiento que se hubieren causado; así mismo, se condenó a Colpensiones a aceptar todos aquellos valores que sean remitidos por parte de COLFONDOS que reposaban en la cuenta individual de la actora, y que proceda a efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

Al mismo tiempo, condenó a Colpensiones a que una vez esté efectuado el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, proceda con el estudio y reconocimiento del derecho pensional de la demandante a la luz de la Ley 797 de 2003, precisándose que el retroactivo generado en favor de la actora se le descontarán las mesadas pensionales que fueron reconocidas por COLFONDOS; por lo tanto, ordenó remitir dichos montos a COLFONDOS, con el deber de esta última de allegar los documentos correspondientes que acrediten las sumas canceladas mes por mes por concepto de mesadas pensionales.

También, se procedió a condenar a COLFONDOS a remitir al Ministerio de Hacienda y Crédito Público las sumas recibidas en virtud de la redención y emisión del bono pensional tipo A en favor de la actora; en consecuencia, ordenó a COLFONDOS adelantar el trámite administrativo de anulación del bono pensional emitido; por último, se abstuvo de imponer costas a las partes. (f.º 255).

En lo que interesa a la alzada, consideró que la A.F.P. COLFONDOS, no cumplió con su deber de información y buen consejo, que tenía por ley en relación con la parte demandada, el despacho expuso que no se allegaron medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada a la actora al momento de realizar el traslado; tanto es así, que la accionada se limitó a solicitar el interrogatorio de parte, del cual no se obtuvo la confesión señalada, que no hay tarifa probatoria con el fin de demostrar el agotamiento del deber de información que está a cargo de la A.F.P., se puede allegar cualquier clase de prueba o medio de convicción que pueda dar fe del cumplimiento de dicho deber.

Así como también, se señaló que si bien es cierto que en la fecha en que la demandante solicitó su traslado al R.A.I.S., por ley, no existían directrices claras de la información a suministrar al tiempo de traslado de regímenes, esto no es eximente de que las A.F.P. brinden una información pormenorizada del efecto del traslado entre regímenes, en apego de los supuestos normativos del Decreto 664 de 1994, Decreto 663 de 1993, e inclusive por lo reglado por la Ley 100 de 1993.

En relación con el medio probatorio de suscripción del formulario de afiliación por parte de la demandante, se determinó que dicho medio probatorio no se puede tener en consideración como prueba del consentimiento informado de la actora para el traslado

del régimen pensional, pues basta con rememorar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia CSJ SL4426-2019, 16 oct. 2019, rad. 79177, donde se señala que la simple suscripción del formulario de afiliación, al igual que las afirmaciones contenidas en los formularios preimpresos a los sumo acreditan un consentimiento libre de vicios, pero por este motivo no quiere decir que sea un consentimiento informado.

En relación con la declaratoria de la ineficacia de la filiación, determinó pertinente traer a colación las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL-12136 de 2014, SL-19447 de 2017, entre otras más; tendiente a demostrar la ineficacia de la afiliación, por la no existencia de un consentimiento libre e informado, como un elemento de validez del mismo traslado; en este sentido, consideró que por la ausencia de la prueba tendiente a demostrar el consentimiento informado de la demandante al tiempo de solicitud del traslado realizado el 12 de enero de 2001 al R.A.I.S., y a pesar que la demandante se encuentra actualmente pensionada por COLFONDOS, teniéndose en consideración la incompatibilidad legal del estatus de pensionado expuesto por la parte demandada, y el análisis de la edad que a época de solicitud del traslado a Colpensiones, la actora ya estaba cerca de cumplir con la edad de pensión, esto siendo una limitante de solicitar el traslado por el término de los 10 años anteriores a la edad definida para solicitar la pensión contenida en la Ley 797 de 2003, el no cumplimiento del deber de información por parte de la A.F.P. demandada a miras de procurar un consentimiento libre e informado de la parte demandante, lleva a hacer operante la declaratoria de la ineficacia de la afiliación realizado por la actora a COLFONDOS.

En relación con la demanda de reconvención interpuesta por COLFONDOS, se señaló que a pesar de que la demandante en este

momento se encuentre disfrutando del derecho pensional por parte de la entidad en mención, la declaratoria de ineficacia de la afiliación conlleva a que todos los actos realizados desde la fecha del traslado del régimen vuelvan a su statu quo inicial; la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha sostenido que una vez se haya ordenado el traslado al Colpensiones la presente deberá comenzar con el estudio y reconocimiento de la mesada pensional a luz de lo dispuesto por la Ley 797 de 2003; precisando que el retroactivo generado a favor de la actora se descontarán las sumas que por motivo de mesadas pensionales que fueron cancelados por el fondo a cargo y que Colpensiones también deberá remitir dicho fondo a la institución acreedora.

En lo relacionado con la excepción de prescripción, incoada para frustrar la pretensión de nulidad por parte del demandante, se señala que la solicitud de los afiliados a solicitar la nulidad y/o ineficacia del traslado no está sujeto a un término de prescripción, ya que la presente solicitud se encuentra íntegramente relacionada con los derechos fundamentales de los trabajadores, en especial del reconocimiento de imprescriptibilidad del derecho de construcción del derecho pensional.

#### **IV.RECURSOS DE APELACIÓN**

**COLFONDOS S.A**, apeló con el argumento de que el traslado de la demandante al R.A.I.S. de ejerció de manera libre y voluntaria; además, se expresa que la demandante en estos momentos ya es titular de su derecho pensional ejercido ante COLFONDOS, téngase en consideración que la solicitud de la demandante de tramitar su pensión ante la entidad mencionada, se entiende como un acto de ratificación de la voluntad de permanencia en el régimen administrado por COLFONDOS, tanto es así, que dicha entidad

cumple con el deber de informar a los solicitantes de pensión sobre los cálculos actuariales y la mesada pensional a recibir, que en este caso, fue aceptada libremente por parte de la accionante.

Dijo además, que se ha de tener en consideración que el estatus de afiliado y el de pensionado son totalmente diferentes, a unos se les otorga información relacionada con las desventajas y ventajas de trasladarse entre regímenes de pensión, y a los otros, se les suministra información tendiente de la adquisición y disfrute de una mesada pensional; por lo tanto, una vez reconocida una pensión de vejez, entendido como un nuevo acto jurídico totalmente diferente al de la afiliación, esto llevando a considerarlo como una ratificación de la demandante de pensionarse y de mantenerse en el R.A.I.S., tal esta situación, lleva a sanear cualquier nulidad existente con el deber de información queda saneada, y más aún, cuando su derecho a la pensión fue reconocido el 27 de febrero de 2014, y el correspondiente bono pensional fue redimido.

Dada la situación, el recurrente también manifiesta que se estaría afectando la existencia del bono pensional redimido, por lo tanto se debió haber vinculado al proceso al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por la necesidad de devolver el bono a su estado natural.

Por su parte, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, el cual fundamentó en controvertir la afirmación realizada por el despacho, en determinar de que al proceso no se allegó ninguna prueba tendiente a demostrar la carga por parte de COLFONDOS, de cumplir con el deber de información y buen consejo tendiente a garantizar un consentimiento libre e informado por parte de la demandante. Manifestó, que la época en la cual la demandante

procedió a realizar el traslado a R.A.I.S., por ley no se exigía el hecho de contar con un registro o medio probatorio que acredite la carga de asegurar la garantía del consentimiento informado por parte del solicitante; que el hecho de solicitar la presente carga es desmedida, más teniendo en consideración de que ha pasado ya 15 años desde el momento que la demandante solicitó el traslado al R.A.I.S.; además, se encuentra discrepancia con el despacho por no tomar como prueba del consentimiento informado por parte de la demandante el formulario de afiliación a COLFONDOS suscrito por esta.

Dijo, que la condición de pensionada en la cual se encuentra la actora por estos días, de hecho manifestó, que la presente ya lleva más de 6 años siendo titular de la pensión de vejez reconocida por COLFONDOS; que el acto de solicitud de pensión presentada por la accionante ante el fondo de pensión en referencia, expresa su voluntad y ratificación de permanecer en el R.A.I.S.

Al mismo tiempo, solicitó revocar los numerales 2.º y 3.º de la sentencia proferida por motivo de que las presentes afectan el principio de sostenibilidad fiscal de las entidades del Estado, en este sentido, el solicitar que quien debe responder por el retroactivo de las mesadas pensionales pagadas por COLFONDOS a la accionante, sea Colpensiones, considera que es una carga financiera bastante alta para esa entidad; por otro lado, adujo que el considerar que se debe restituir estos dineros a COLFONDOS es aceptar que la presente entidad, es la titular de las cuentas de ahorros de sus afiliados, y esto por ley no es así, toda vez que las cuentas de ahorros pertenecen directamente a los afiliados, por lo tanto, Colpensiones no debe reconocer suma alguna a favor de COLFONDOS.

Finalmente, expresó que se le estaría asignando a Colpensiones

a favor de la demandante, la carga del reconocimiento de una mesada pensional con una cuenta individual totalmente descapitalizada cuyo bono pensional ya fue redimido, y se pagó por parte del Ministerio de Hacienda, esto, para expresar que se le estaría colocando una carga desproporcionada en contra de Colpensiones.

**EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO,** presentó recurso de apelación, con el fin de no acceder a las pretensiones de la parte demandante por motivo de que la presente ya lleva más de 6 años pensionada bajo el R.A.I.S., el hecho de acceder a las pretensiones de la demandante significaría, por un lado, la desfinanciación del sistema de régimen de prima media; por consiguiente, mediante pronunciamientos de la Corte Constitucional en la C-841 de 2003, y en consideración con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional contenido en el Acto Legislativo 01 de 2005, las A.F.P. tienen un deber de protección de los aportes del afiliado, de la garantía de una gestión administrativa, y financiera mínima, que no significa siempre el garantizar que el pensionado obtenga el mejor servicio posible, ni a obtener una mejor rentabilidad; en este sentido, el autorizar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tal y como está previsto en el estudio realizado por la C-1024 de 2004, el trasladar una persona pensionada a otro régimen significaba afectar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, y sería una medida que iría en contra de la justicia material, por pretender que entren personas a beneficiarse de un sistema al cual no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, esto manifestado por la Corte Constitucional en sentencia T-489 de 2010.

Además, manifestó que lo dicho en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, CSJ SL-17595 de 2017, reveló que cualquier falta de información que se haya presentado por parte de

las A.F.P. hacia sus usuarios se entienden saneados por la celebración del negocio jurídico del reconocimiento de la mesada pensional, ya que el derecho de traslado entre regímenes se entiende operante hasta antes de que se adquiriera la calidad de pensionado.

Por último, solicita que en dado caso que no se revoque la sentencia se proceda a revocar o modificar el numeral cuarto del fallo, por motivo, de que la anulación del bono pensional conlleva a reintegrar esos dineros actualizados con el I.P.C. desde la fecha de pago hasta el momento que se realicen los respectivos reintegros.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar o no, a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones–Colpensiones, por estar ya con reconocimiento de pensión de vejez por parte de la A.F.P. COLFONDOS S.A.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 5 de diciembre de 1959 (f.º 60); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de agosto de 1981 hasta el 31 de enero de 2001, 847,57 semanas (f.º 114-120); **iii)** que el 12 de enero de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A, con fecha de efectividad desde 1º de marzo de 2001 (f.º 164), con un total de 1445,71 semanas cotizadas, según reporte de semanas y cotizaciones (f.º 64-66); **iv)** que por solicitud elevada por la demandante de pensión anticipada ante COLFONDOS S.A., se procedió a conceder y a proceder al respectivo pago de las mesadas pensionales a partir del mes de mayo de 2014, bajo la modalidad de retiro programado (f.º 81-91).

De lo anterior, se colige que era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener la edad y más de 15 años de cotización al 1.º de abril de 1994. Asimismo, se observa que no estaba incurso en ninguna de las causales de exclusión del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, que le impidiera el traslado al R.A.I.S., ya que los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y

5.º del Decreto 692 de 1994, disponen que su solicitud de traslado no podía ser rechazada por el fondo por ser una conducta prohibida para esas entidades, y por último, que actualmente goza de una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado reconocida por PROTECCIÓN S.A.

De conformidad con el documento del folio 164, que corresponde a la solicitud de vinculación, el demandante se afilió a la A.F.P. COLFONDOS S.A. el 12 de enero de 2001, con fecha de efectividad desde 1º de marzo de 2001. Este formulario no demuestra por sí sólo, que en ese momento el consentimiento del actor estuviera afectado por uno de los vicios del consentimiento. Si bien la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero sí prueba, a lo sumo, el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

En los hechos de la demanda, se afirma que al momento del traslado la actora no fue informada sobre la pérdida del régimen de transición, y que no le dieron información completa sobre la diferencia entre los regímenes pensionales.

Sin embargo, no hay duda que cualquier deficiencia en la información por parte de la A.F.P. COLFONDOS S.A., quedó subsanada desde el momento en que la demandante aceptó el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado que le hizo dicha entidad (fl.166 a 175), así como en la comunicación que remitió a esa entidad el 17 de junio de 2014 (f.º 179), no solamente no aceptó de manera expresa el pago de la pensión bajo

dicha modalidad, sino que autorizó a la A.F.P. para que realizara el eventual proceso de traslado a renta vitalicia, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto n.º832 de 1996 .

En ese orden, es claro que el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto n.º692 de 1994, que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario, y con ello sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la Ley 100 de 1993.

Además, se debe señalar que la firma del formulario por parte de la demandante es una manifestación del consentimiento emitido por él al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios.

Y sobre la reiterada alegación de las apelantes, expresadas en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, de que el consentimiento no se encuentra viciado por un error configurado al no entregarse la información necesaria para dicho traslado, vale la pena anotar lo siguiente:

Respecto del error enunciado como vicio del consentimiento es de anotar que la legislación señala dos tipos, de derecho y de hecho.

En relación con el error de derecho cabe acotar que se refiere, según la definición doctrinal, “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico” <sup>1</sup>, esto es, recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrean a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y este tipo de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Adicionalmente, sin que exista desconocimiento de la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe señalar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9.º del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-651 de 1997; dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

Respecto a que la ignorancia de la ley no es excusa, ya lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-401/16, cuando indicó que: “debido a que todo afiliado al régimen de prima media con prestación definida debe saber que requiere cotizar mínimo 1.300 semanas para tener derecho a una pensión de vejez -la ignorancia de ley no sirve de excusa-.” Colpensiones no debía señalar en los reportes cuantas semanas le faltaban al afiliado para cumplir las exigidas para adquirir el derecho; y esto es relevante, porque dicho artículo 9.º, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política, que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes. De tal manera, que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

<sup>1</sup> Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6ª Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

En relación con el error de hecho, se recuerda que se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretende, y en el presente caso, se observa que el demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso.

Por lo anterior, es por lo que no se encuentra una prueba que indique que la accionante fue engañada o que no iba a existir un traslado de régimen, máxime cuando es en el mismo documento donde se señala el traslado de régimen A.F.P. anterior I.S.S., y la escogencia del fondo COLFONDOS S.A. para que administre los aportes pensionales (fl. 164), y con la comunicación que envió a esta A.F.P. el 17 de junio de 2014, es decir, antes de pensionarse, en la que señalaba que para continuar con el trámite del bono pensional, y en su carácter de afiliado al Fondo de Pensiones Obligatoria, le otorgaba poder como administradora del fondo de pensiones para que autorizara la negociación de su bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, todo lo cual es indicativo de que conocía perfectamente el régimen pensional al que estaba afiliado, por lo que mal podría decir que su supuesta ignorancia fue fruto de la falta de información de las distintas administradoras de pensiones a las que estuvo afiliado.

Adicionalmente, no se puede desconocer, se reitera, que la demandante recibe en la actualidad la pensión de vejez de la modalidad de retiro programado, dado el cumplimiento de los requisitos en el Régimen de Ahorro Individual, sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad.

Tampoco, en el presente caso se puede desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la coexistencia de los regímenes pensionales, las técnicas excluyentes para la financiación del sistema pensional y la diferencia en el concepto de solidaridad de cada uno de los regímenes, lo cual se puede constatar en lo expuesto, entre otras, en las siguientes sentencias; en la C-183 de 2019, se dijo lo siguiente:

*“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional<sup>[30]</sup>, y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación<sup>[31]</sup>, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

En la providencia C-1024 de 2004, al analizar la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, manifestó:

*“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”.*

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad es disímil entre ellos porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores como se indican en las sentencias que declaran la ineficacia o nulidad del acto de traslado, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993,

que solo permite el retorno al régimen de prima media del afiliado que se trasladó de régimen cuando cotizó 15 años o más al sistema antes del 1.º de abril de 1994, pero resaltándose, como atrás se dijo, que el demandante conocía perfectamente el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que descarta que las demandadas hubieran violentado su eventual derecho a obtener una pensión el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Así las cosas, una decisión como la emitida por la juez de primera instancia, vulnera los principios de solidaridad propio del régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1.º de 2005. Por tanto, habrá de **REVOCARSE** la sentencia apelada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

**RESUELVE:**

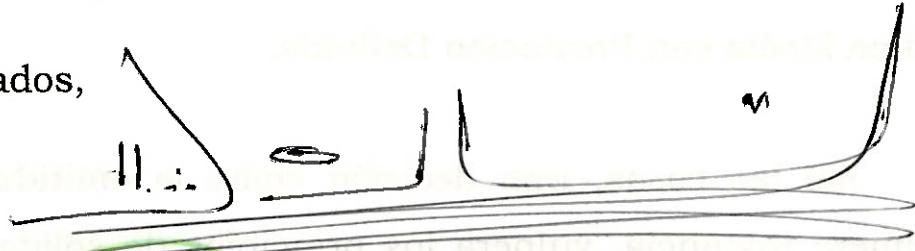
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 30 de junio de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, se **ABSUELVE** a las entidades demandadas en el presente proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

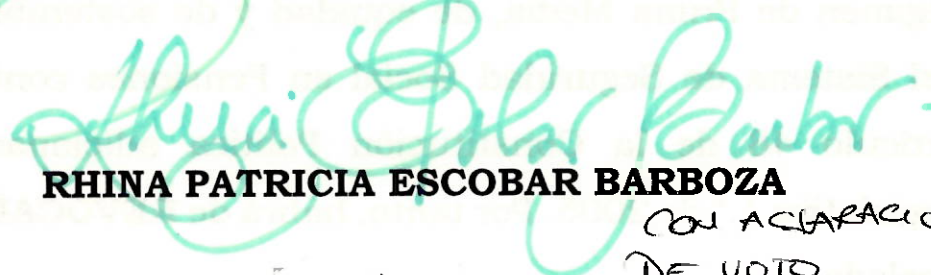
**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



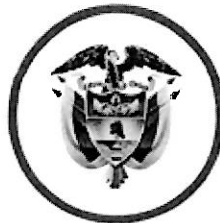
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

CON ACUERDO  
DE VOTO



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

CON ACUERDO DE  
VOTO



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

**DAVID A. J CORREA STEER**

**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **JUAN MANUEL LOZANO LEÓN** en contra de **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

**EXP. 11001 31 05 008 2019 00005 01.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuestos por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 9 de julio de 2020, por el Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado a Porvenir S.A., así como las afiliaciones que hubiere realizado posteriormente, para encontrarlo como

válidamente afiliado al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, que se condene a la A.F.P. Porvenir en el sistema de información de fondos privados la nulidad de su afiliación; a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos y gastos de administración a Colpensiones; así como también, a activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida; que se condenara a las entidades demandadas conforme a las facultades ultra y extra petita, al pago de las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.

De forma subsidiaria, solicitó que se declarara la ineficacia de su afiliación a Porvenir S.A., por el incumplimiento de sus deberes legales de información y condenar a tal fondo a registrar en el sistema de información de los fondos privados que su afiliación al Régimen de Ahorro Individual fue ineficaz (f.º 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 6 de junio de 1958; que empezó a cotizar en el Instituto de los Seguros Sociales el 24 de junio de 1979 y hasta el 22 de diciembre de 1998, que diligenció formulario de afiliación en el mes de diciembre de 1998, que a dicha data, había cotizado al I.S.S. 797 semanas con varias empresas del sector privado, que el fondo de pensiones demandado no le informó que su pensión se iba a financiar con lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, no le explicó las condiciones y requisitos legales en el régimen nuevo, así como tampoco la posibilidad que tenía de devolverse al Régimen de Prima Media, ni los riesgos a los que se sometería en el Régimen de Ahorro Individual.

Señaló, que cotizó a la A.F.P. Porvenir S.A., desde diciembre de 1999 hasta el mes de septiembre de 2006, que en agosto del año

2006, se afilió a la A.F.P. Skandia, hoy Old Mutual, que en el mes de junio de 2007, retorno a Porvenir S.A., que posee 1.300 semanas cotizadas, que a la fecha de presentación de la demanda no estaba cotizando al sistema pensional.

Concluyó, que el 30 de agosto de 2018, radicó ante Porvenir S.A., solicitud de anulación o ineficacia de su afiliación al R.A.I.S., por vicio del consentimiento, petición que no fue resuelta por el fondo dentro del término, en igual sentido, radicó petición ante Colpensiones el 30 de agosto de 2018, con el fin de activar su afiliación como consecuencia de la nulidad y/o ineficacia del traslado, dicha entidad resolvió la petición el 31 de agosto de 2018, en donde informa que su traslado se realizó de manera directa y voluntaria, en el ejercicio de la libre elección de regímenes (f.º 5-7).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de Febrero de 2019, ordenándose que se efectuara la notificación y traslado a las demandadas, y a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado. (f.º 54 - 55).

**Colpensiones S.A.**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajuste, intereses moratorios ni indemnización moratoria, y buena fe. (f.º 67).

**Porvenir S.A.**, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe,

prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (f.º 89 - 90).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio.

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá DC., profirió sentencia el 9 de julio de 2020 y en ella **ABSOLVIÓ** a las demandadas **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JUAN MANUEL LOZANO LEÓN, e igualmente declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación.

### IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación bajo el argumento de que en el interrogatorio de parte no fue explícito al decir si había sido asesorado frente a las características, naturaleza del régimen de ahorro individual y menos requisitos para poderse pensionar por vejez.

Agregó, que la entidad incumplió voluntariamente las obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento, entonces como el trabajador no puede acreditar que no recibió información corresponde a su contraparte demostrar que si la brindo, ya que es quien está en la mejor posición de hacerlo, y la A.F.P. Porvenir S.A. no probó que le haya suministrado una información amplia, suficiente, profesional y clara del régimen de ahorro individual, tampoco hizo un comparativo de los requisitos que se deben acreditar para obtener un derecho de pensión de vejez

tanto en el régimen de prima media, como en el régimen de ahorro individual.

En cuanto al interrogatorio de parte, llevado a cabo por el representante legal de Porvenir, dijo que él mismo, afirmó que no le explicaron variables de las fluctuaciones del mercado, de lo podía pasar con las distintas modalidades de inversión, por ende, se evidencia que no fue amplia la información suministrada por el asesor en su momento, así como tampoco fueron claros en determinar cuánto era el capital necesario para poderse pensionarse.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de

régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 6 de junio de 1958 (f.º 34); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 24 de junio de 1979 hasta el 22 de diciembre de 1998, 797 semanas; **iii)** que el 22 de diciembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., y que luego de realizar una transferencia a la A.F.P. Old Mutual, actualmente se encuentra vinculado a Porvenir S.A., con un total de 1.300 semanas cotizadas.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión*

que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 93, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 11 de diciembre de 1998, con la A.F.P. Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

*(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la*

<sup>1</sup> CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

*parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”<sup>2</sup>*

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

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

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su*

---

<sup>2</sup> CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

*propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»<sup>3</sup>, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A. el 11 de diciembre de 1998, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea

<sup>3</sup> SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación, Las de primera instancia se revocan, y quedan a cargo de la entidad demandada A.F.P. PORVENIR S.A.

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

**RESUELVE:**

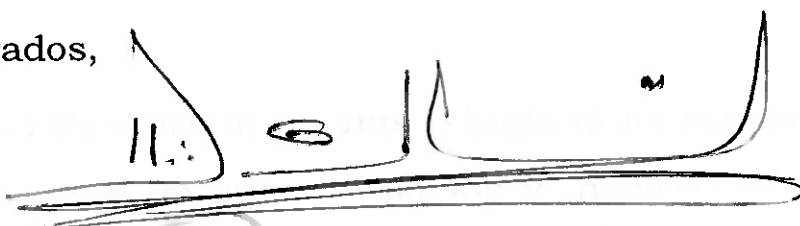
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 9 de julio de 2020, por el Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del demandante efectuado que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. PORVENIR S.A., el 11 de diciembre de 1998, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia se revocan, y en su lugar, quedan a cargo de la demandada A.F.P. PORVENIR S.A.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

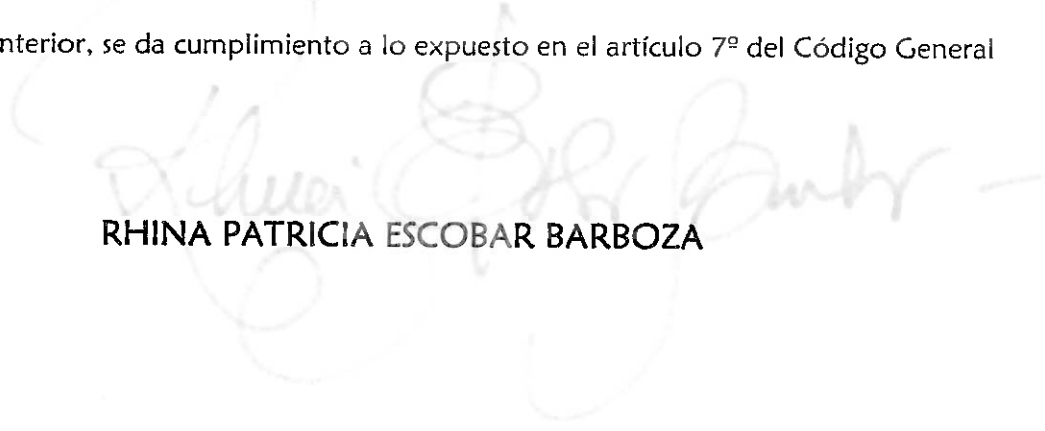
**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

|                                 |                          |
|---------------------------------|--------------------------|
| Clase de Proceso:               | ORDINARIO LABORAL        |
| Demandante:                     | JUAN MANUEL SOLANO LEÓN  |
| Demandando:                     | COLPENSIONES Y OTRO      |
| Código Único de identificación: | 110013105008201900005-01 |
| Magistrado Ponente:             | DAVID A.J. CORREA STEER  |

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**





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

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **PATRICIA GÓMEZ VALLEJO** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

**EXP. 11001 31 05 008 2019 00221 01.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 18 de junio de 2020, por el Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se decrete la nulidad del traslado realizado a Porvenir S.A.; en consecuencia, se condene a dicha entidad a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación y a Colpensiones a aceptar las sumas anteriores y la afilie al Régimen de Prima Media (f.º 6).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 6 de mayo de 1965; cotizó 1258 semanas al sistema de Seguridad Social entre el 18 de julio de 1986 y 31 de marzo de 2018, de las cuales 651 semanas fueron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y 607 al Régimen de Prima Media con prestación Definida, que se trasladó a Porvenir en marzo de 2000, que fue visitada en su lugar de trabajo por los asesores de dicho fondo, quienes le informaron que el I.S.S. iba a quebrar, y perdería sus aportes; que en Porvenir S.A., sus ahorros iban a ser invertidos y ganaría más dinero, que nunca le hicieron una proyección económica de cuánto podría ser su pensión, ni del rendimiento de capital de acuerdo a su ingreso base de liquidación, que no fue asesorada sobre las consecuencias de su traslado.

Finalmente, aseguró que el 27 de diciembre de 2018, solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado, entidad que dió contestación alegando que no era procedente anular su afiliación, por cuanto su traslado fue realizado en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen (f.º 3-5).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 14 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 35).

**COLPENSIONES**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, señaló que de conformidad con la Sentencia C-1024 de 2004, el afiliado no podrá trasladarse cuando le faltaren 10 o menos años para tener derecho a la pensión de vejez, agregó que en el caso que nos ocupa no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad del traslado, teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada, información que fue veraz y completa, por ende no se evidencia vicio del consentimiento ni por error, fuerza o dolo. En su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica (f.º 51-57).

**PORVENIR S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demandante, en su defensa argumentó que no existían razones jurídicas que llevaran a la nulidad del traslado de régimen, esto porque la decisión tomada por la accionante se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes al momento de su traslado, que en dicha época no había la obligación de brindar una asesoría, de dar buen consejo hasta el punto de desincentivar la afiliación, ni mucho menos una doble asesoría.

Dijo, que no había razón para considerar que la demandante no contara con capacidad suficiente para dar su consentimiento al momento de su afiliación, pues sus condiciones académicas, culturales y sociales, la dotaban de idoneidad y aptitud para entender las consecuencias de dicho acto; señaló, que la actora durante su

afiliación tuvo varias oportunidades para revertir su decisión de cambio de régimen y no lo hizo, lo que permite concluir que se mantuvo su interés de permanecer en el R.A.I.S.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica (f.º 80- 100).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 125, vto).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 18 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, efectuada el 8 de marzo del 2000, condenó a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional, a Porvenir a devolver todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora Patricia Gómez Vallejo, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, con sus respectivos intereses y a Colpensiones a aceptar tales valores y efectuar los ajustes en la historia laboral de la actora (f.º 131-132).

El despacho, consideró que no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al Régimen de Ahorro Individual, esto es, el 8 de marzo del 2000, porque en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, no se obtuvo confesión de haber obtenido información sobre su situación particular al momento de su afiliación a Horizonte, hoy Porvenir S.A.,

de manera contraria, la actora manifestó que le asesoría que recibió fue general, en una reunión celebrada en las instalaciones de su trabajo; argumentó además, que fue corroborado por el testigo Henry Quintero.

Agregó, que si bien para el momento del traslado no existía claridad frente a la forma en cómo se debía brindar la asesoría, esto no era impedimento para que los fondos brindaran una información pormenorizada respecto de los efectos del traslado de régimen pensional, insistió en señalar que la demandada no aportó alguna prueba que permitiera entrever que al momento de la afiliación se hubiere dado una información detallada y ajustada al caso particular.

Frente al formulario de afiliación, resaltó que si bien en el formulario se evidencia junto a la firma del accionante una declaración de voluntad de afiliación, esta voluntad no puede ser tenida en cuenta como una prueba del consentimiento, pues de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la simple suscripción del formulario de afiliación no demuestra el consentimiento informado.

Finalmente, aseveró que el acto de afiliación no produce efectos ya que para su validez se requiere que la expresión de voluntad del afiliado sea derivada de un consentimiento informado, y al no haberse suministrado la información idónea no se dieron los presupuestos necesarios para que tenga validez.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La parte **ACTORA**, interpuso recurso de apelación, manifestando su inconformidad con la no imposición de costas, toda

vez que consideró que en el proceso si se incurrieron en gastos procesales, y sumado a esto, la parte demandante fue la vencedora del proceso.

**PORVENIR**, apeló con el argumento de que en este tipo de procesos se debe hacer un análisis jurídico de las obligaciones que le concernían a las administradoras de pensiones en la época del traslado de la demandante, indicó que para ese momento, no se preveía en el ordenamiento jurídico que se generaran proyecciones pensionales, cuadros comparativos, deber de buen consejo o doble asesoría.

Agregó, que del interrogatorio de parte y el testimonio surtido en la práctica de pruebas, se puede concluir que la demandante recibió una asesoría de más de una hora de duración, que en dicha asesoría, se le informaron características, condiciones de régimen de ahorro solidario como también de régimen de prima media; dijo además, que la demandante durante el tiempo de su afiliación siempre tuvo todas las salvaguardas frente a las contingencias derivadas de la muerte, la vejez o la invalidez, y por lo tanto, todos los gastos de administración como también las pólizas de seguro fueron pagadas y causadas.

Por último, destacó que uno de los deberes de los afiliados a los fondos de pensiones es el de estar preocupado respecto a su expectativa pensional, máxime si se tiene en cuenta la relevancia de este tema; sin embargo, como se evidenció en el interrogatorio de parte la demandante ha sido negligente frente a su expectativa y solamente es después de varios años es que decide preocuparse, cuando ya es demasiado tarde, por este error, ni Colpensiones ni la A.F.P. deben cargar con las consecuencias de la negligencia de la demandante.

Por su parte, **COLPENSIONES**, en su escrito de apelación, sostuvo que a las administradoras de pensiones demandadas no les era posible aportar ningún elemento probatorio con el fin de probar que cumplieron con las obligaciones legales, y más específicamente, con el deber de información, esto, porque para la fecha en que la demandante efectuó traslado de régimen pensional, la única exigencia normativa existente para la aprobación de los traslados era la firma en el respectivo formulario de vinculación, no habiendo otra obligación legal de efectuar proyecciones o simulaciones pensionales, escenarios comparativos, y menos de documentar la asesoría.

Agregó, que el despacho había declarado la ineficacia del traslado, pero en la demanda se solicitó fue la nulidad del traslado, en vía gubernativa, se agotó a reclamación por la nulidad del traslado, al ser Colpensiones una entidad pública se debe agotar en la respectiva reclamación por la totalidad de las pretensiones de la demanda; en segundo lugar, aseveró no se hizo una valoración exhaustiva, del interrogatorio de parte y la prueba testimonial, ya que tanto la demandante, como el testigo, incurrieron en contradicciones e incluso omisiones, porque este fue claro en decir que en una hora de asesoría lo único que él recuerda es que le dijeron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a quebrar; adujo, que era curioso que fuera lo único que recordara el testigo, más aún, cuando él dijo que estuvo presente al momento que la demandante suscribió el formulario de vinculación.

Expresó, que en ningún precedente jurisprudencial de la Corte se ha establecido que la diferencia entre la mesada pensional de otro régimen pensional sea una causal suficiente para decretar la nulidad o ineficacia de del traslado; finalmente, aseguró que debe analizarse cada caso en concreto, y verificarse si realmente con el traslado se pudo haber causado algún tipo de perjuicio cierto y determinado al

afiliado, y ese perjuicio no tiene que ser meramente económico, sino puede ser la pérdida del régimen de transición.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 6 de mayo de 1965, hecho que fue pacíficamente aceptado por las partes en conflicto; **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 18 de julio de 1986 hasta marzo de 2000, 651 semanas (f.º 13); **iii)** que el 8 marzo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con un total de 604 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 104 a 120 y la certificación de f.º 103.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 102, se avizora el formulario que el demandante suscribió el 8 de marzo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, donde actualmente continúa afiliada, por lo cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

*De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes*

*para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”<sup>1</sup>*

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

<sup>1</sup> CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

<sup>2</sup> CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»<sup>3</sup>, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliada, el 8 de marzo de 2000, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia en este punto de controversia.

Finalmente, sobre la inconformidad del demandante respecto de la condena en costas, encuentra la Sala, que la imposición de ellas a una parte, es una consecuencia implícita al hecho de haber sido vencida en juicio, conforme se estatuye en el artículo 365 del Código General del Proceso, de ahí que tal aspecto deba revocarse, y en su lugar, condenar a la parte demandada PORVENIR S.A., que fue la vencida en juicio.

---

<sup>3</sup> SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

**RESUELVE:**

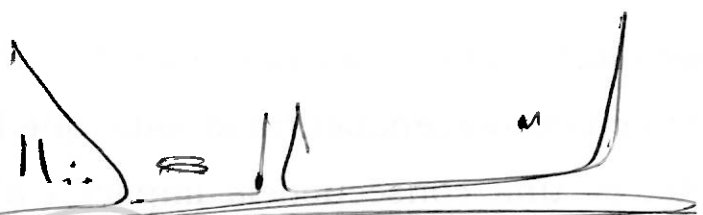
**PRIMERO: REVOCAR** el numeral Quinto de la sentencia del 18 de junio de 2020, por el Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y en su lugar, se **CONDENA** en costas en primera instancia a la parte demandada **PORVENIR S.A.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

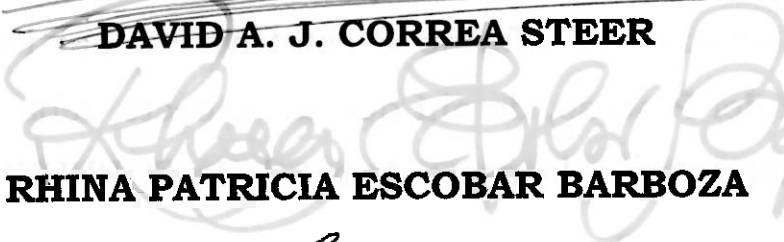
**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

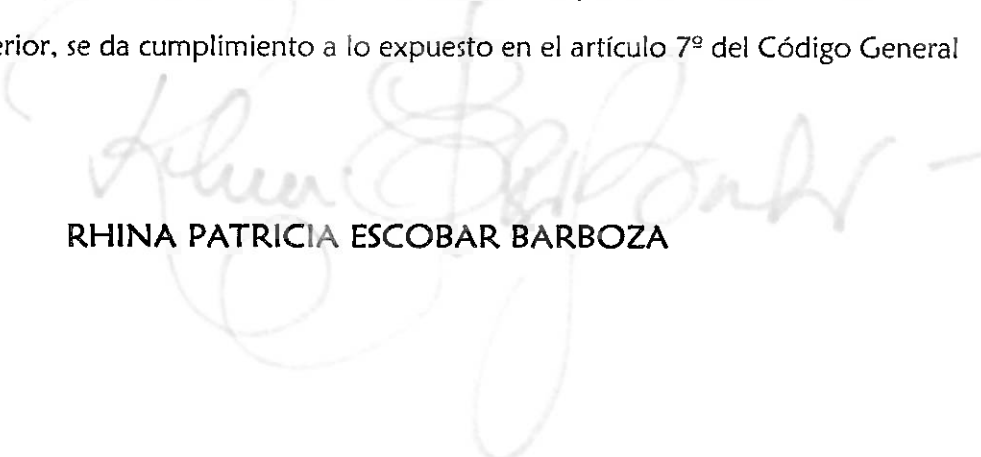
**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

|                                 |                          |
|---------------------------------|--------------------------|
| Clase de Proceso:               | ORDINARIO LABORAL        |
| Demandante:                     | PATRICIA GÓMEZ VALLEJO   |
| Demandando:                     | COLPENSIONES Y OTRO      |
| Código Único de identificación: | 110013105008201900221-01 |
| Magistrado Ponente:             | DAVID A.J. CORREA STEER  |

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**





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

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **GLADYS FUENTES MURILLO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

**EXP. 11001 31 05 008 2019 00607 01.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020, por el Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare nula su vinculación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a devolver íntegramente el bono pensional recibido, así como las cotizaciones, rendimientos, indexación e intereses de mora a COLPENSIONES, y a ésta a que reciba los aportes a pensión e igualmente se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

Para el efecto, manifestó que nació el 17 de Julio de 1960; que se afilió al extinto I.S.S. en 1988; que el 1.º de Julio de 2005, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, PROTECCIÓN S.A.; que la asesora de PROTECCIÓN S.A., no contaba con el conocimiento legal y técnico para informarla debidamente brindándole una información que no fue suficiente, completa y clara, ni sobre las reales implicaciones que conllevaba dejar el anterior régimen y sus consecuencias futuras, omitiendo por completo informarle sobre las diferentes modalidades de pensión y el monto de dinero a ahorrar para pensionarse, como tampoco le realizó una proyección financiera respecto de su primera mesada pensional.

Señaló, que reclamó administrativamente a COLPENSIONES el 26 de Agosto de 2019, donde solicitó la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada mediante comunicación del 30 de Agosto de 2019.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de Septiembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 27).

**PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora, y en especial, a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante; alegó, que el mismo, es un acto existente, válido y exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, además, que la información suministrada a la demandante fue acorde con las disposiciones legales, y que su decisión de trasladarse de régimen pensional fue libre de presión y engaños, teniendo en cuenta que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, la de inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficiencia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la de Reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P.; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficiencia de la afiliación por falta de causa.(f.º 33-43).

**COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, por lo que le corresponde a la demandante probar el vicio en el consentimiento que alude para efectos de determinar si es

procedente su retorno al R.P.M., máxime cuando era el fondo privado el obligado a brindar la información necesaria al afiliado.

Propuso como excepciones las denominadas prescripción y caducidad, Inexistencia de la Obligación y del Derecho por falta de Causa y Título para Pedir y la Declaratoria de otras excepciones (f.º 85).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 28 de septiembre de 2020, ABSOLVIÓ a las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante señora GLADYS FUENTES MURILLO, declarando probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación.

Al considerar que, de los medios de convicción aportados al plenario para verificar si Protección demostró haber suministrado la información a la demandante al momento de su afiliación se evidencia que a folio 5, reposa una copia de la carta de validación de la asesoría con fecha 28 de junio de 2005, fecha en la que se registra se le dio información a la demandante sobre la imposibilidad de retornar al Régimen de Prima Media por encontrarse a menos de 15 años para acceder a su derecho pensional, en igual sentido a folios 52 a 54, se aportaron copias de las proyecciones pensionales realizadas a la demandante tanto en el R.P.M. como en el R.A.I.S., con fecha de elaboración 28 de junio de 2005, estos documentos cuenta con la firma de la demandante,

firma que fue reconocida por ella misma en el interrogatorio de parte, a juicio de la juez Protección si cumplió con su carga probatoria porque de las documentales anteriormente enunciadas resulta evidente que la demandante recibió la información de forma detallada sobre los dos regímenes.

Agregó, que si bien el formulario de afiliación tiene fecha de diligenciamiento el 1.º de junio de 2005, y la carta de validación y las proyecciones pensionales, el 28 de junio de 2005; la información si se suministró antes de la formalización de la afiliación, puesto que el mismo tiene fecha de radicación por parte de la A.F.P. del 1.º de julio de 2005, fecha que es posterior a la realización de la validación de la afiliación y de las proyecciones pensionales.

Finalizó, señalando que no era dable tener en cuenta las manifestaciones de la actora tendientes a justificar la firma de los referidos documentos en el interrogatorio de parte, debido a que dicha prueba tiene como objeto tener la confesión de quien se interroga, y por ende, no es posible acoger las manifestaciones que favorezcan las afirmaciones de la demandante, puesto que esto sería aprobar que prefabricara su propia prueba.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte ACTORA, interpuso recurso de apelación, argumentó que a la misma, le brindaron una asesoría 27 días después de haber dado su consentimiento para pasarse el R.A.I.S., que es una asesoría tardía, esto quiere decir, que al momento en el que plasmó su consentimiento en el formulario, esto es, el 1.º de junio de 2005, no se le había brindado información alguna sobre las consecuencias positivas o negativas de los dos regímenes.

Frente a la carta firmada el 28 de junio de 2005, aseguró que esta solo indica que la asesoraron acerca de que no podía retornar al Seguro Social, pero no se aprecia que le informaron Como le iban a liquidar la pensión en uno u otro régimen, tampoco, si en el R.A.I.S., tenía que cumplir edad o no, por lo que fue una asesoría incompleta y tardía; en cuanto a la supuesta liquidación, si se analiza detenidamente, se observa que no hay ningún tipo de información, o de suma alguna en la casilla que dice valor mesada pensional en el R.A.I.S.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente por parte de las Administradoras de los Fondos de Pensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 17 de julio de 1960 (f.º 12); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 29 de febrero de 1988 hasta el 30 de septiembre de 1997, 495.29 semanas (folios 97 a 99); **iii)** que el 1.º de julio de 2005, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. (Folio 50).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de

organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas*

*aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

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

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

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

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

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

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

*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el*

*demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”*

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

*(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la*

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 50, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 1.º de julio de 2005, con la A.F.P. Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

---

<sup>1</sup> CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

<sup>2</sup> CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»<sup>3</sup>, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. el 1.º de julio de 2005, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

---

<sup>3</sup> SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

Sin costas en la alzada, ante su no causación, Las de primera instancia se revocan, y quedan a cargo de la entidad demandada A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

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

**RESUELVE:**

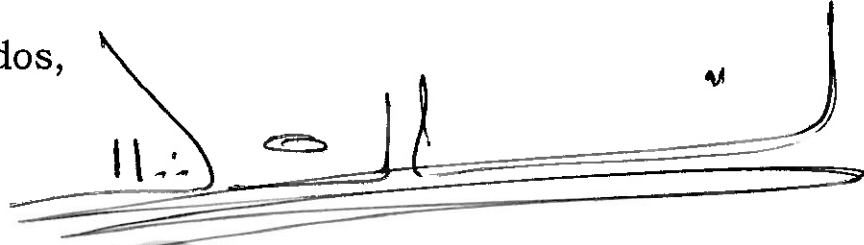
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020, por el Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del demandante efectuado que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 1.º de julio de 2005, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia se revocan, y en su lugar, quedan a cargo de la demandada A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

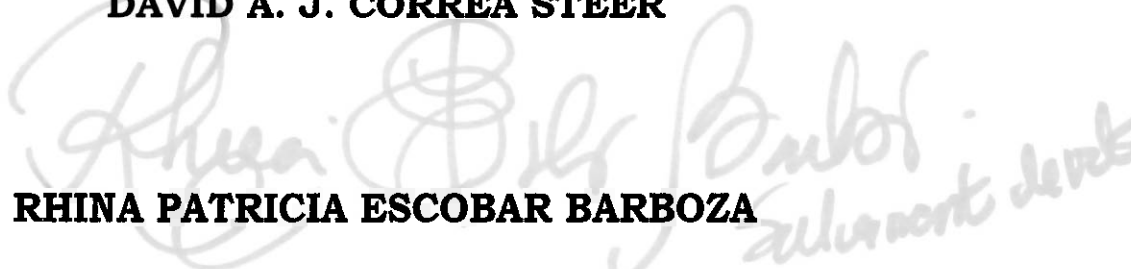
**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Handwritten text, possibly a signature or date, located in the upper left corner of the page.



Rama Judicial

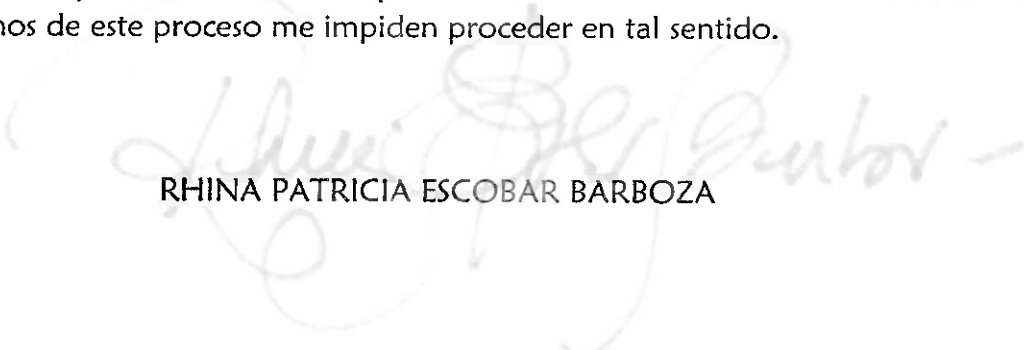
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

Clase de Proceso: ORDINARIO LABORAL  
Radicación N°: 110013105008201900607-01  
Demandante: GLADYS FUENTES MURILLO  
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO  
Magistrado Sustanciador : DAVID A.J. CORREA STEER

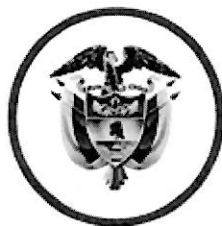
SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado que les profeso a mis compañeros de Sala de Decisión, me permito presentar mi salvamento de voto a las presentes diligencias como quiera y acompaño ese análisis juicioso que la jueza de primera instancia desplegó al presente asunto.

En efecto, de aquellas proyecciones pensionales aportadas así como el interrogatorio de parte que rindió la demandante, le permitió extractar que claramente sí había asesorada con relación al traslado de régimen. Por lo anterior, aun cuando sea prácticamente una imposición el conceder las ineficacias de traslado, los contornos de este proceso me impiden proceder en tal sentido.

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA





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

**DAVID A. J CORREA STEER**

**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **LUIS FERNANDO URREA GIRALDO** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

**EXP. 11001 31 05 009 2019 00005 01.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 15 de Septiembre de 2020, por el Juzgado 9.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a COLFONDOS S.A. en el mes de Julio de 1997, y a PROTECCIÓN S.A., en el mes de Abril de 2002, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa, que en consecuencia, Colpensiones debe recibirlo, activarlo y afiliarlo en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a dichas entidades a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de Junio de 1957; realizó aportes en el entonces Instituto de Seguros Sociales, entre el 26 de Octubre de 1981 y el 24 de Julio de 1997, momento en el que fue visitado por los asesores de COLFONDOS S.A., quienes le brindaron información acerca de las cesantías motivando su traslado a dicho fondo, pues tendría una pensión muy superior con ellos, que el Seguro Social se iba a quebrar, que se podía pensionar a cualquier edad, que la pensión se iba a heredar sin explicarle los requisitos que debería reunir para acceder a todos estos beneficios, habiéndose afiliado a dicho fondo en Julio de 1997, afiliación que tuvo vigencia hasta el mes de Junio de 2002, habiéndose trasladado a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. en el mes de Abril de 2002.

Agregó, que el señor LUIS FERNANDO URREA GIRALDO radicó el 12 de Octubre de 2018, petición ante la A.F.P. COLFONDOS S.A. solicitando la anulación y/o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la cual

fue resuelta negativamente el 22 de Octubre de 2018; igualmente, que el 12 de Octubre de 2018, radicó solicitud en igual sentido ante la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. la que igualmente fue resuelta en forma negativa.

Manifestó también, que nunca se le hizo una proyección de su mesada pensional a futuro, ni se le asesoró acerca de cómo mejorarla; recibió publicidad engañosa en la que se indicaba que la pensión en los fondos privados se le podía dejar a quien quisiera, mientras que en el régimen de prima media no, y que la rentabilidad en el fondo es individual, mientras que en el otro régimen es compartida, no obstante, nunca le explicaron esos aspectos a través del tiempo, ni tampoco que podía devolverse faltándole 10 años para cumplir la edad. (fs.º 100 a 117).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 28 de Febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (f.º 119).

**PROTECCIÓN S.A.**, manifestó que el acto de afiliación del demandante es totalmente válido, eficaz y libre de cualquier vicio del consentimiento y como medios de defensa invocó 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 innominada o genérica (fl.º 170 a 182).

**COLFONDOS S.A.**, presentó oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas incoadas en su contra, se opone a que se declare la ineficacia del traslado e invoca como excepciones

de mérito las de Validez de la afiliación, Inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A., Buena fe y Prescripción (fs.º 223 a 246)

**COLPENSIONES**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, solicitó no ser condenada frente a ninguna de las pretensiones incoadas en su contra, y en su defensa, propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica. (fs.º 260 a 276).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 9.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 15 de Septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante LUIS FERNANDO URREA GIRALDO, el 24 de Julio 1997, del régimen de prima media con prestación definida administrada en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por COLFONDOS S.A., ordenándose a PROTECCIÓN S.A. traslade a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y sumas que se encuentran depositados en la cuenta individual del señor

demandante, sin descuento alguno por gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia, e igualmente ordena a COLPENSIONES reactivar las afiliaciones, y declara no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

El despacho, consideró que no existen elementos materiales que permitan establecer que al momento del traslado COLFONDOS le hubiera indicado al demandante las características, ventajas y desventajas, objetivos de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas de su traslado, pues de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no basta con que el demandante conociera de manera general algunas características o ventajas de cada régimen, no se deriva de ninguna manera, ni en ninguna prueba, que se le hubiera puesto de presente las consecuencias de su traslado, y las desventajas o posibilidades que le asistían en cada uno de los sistemas pensionales en los cuales podría estar afiliado.

Afirmó, que la carga probatoria se encontraba en cabeza de la A.F.P., por tratarse de una negación indefinida, resaltó que al momento de su traslado, el demandante contaba con un número importante de semanas cotizadas, y no hay evidencia de que se le hubiere advertido tal situación, porque a pesar de que el faltaban un poco más de 18 años para arribar a la edad mínima pensional esa densidad de semanas podría haber permitido que se le hiciera una proyección pensional, cosa que no ocurrió.

Consideró, que el cumplimiento del deber de información no se reduce a una circunstancia en particular sino al hecho de que manera suficiente, veraz y oportuna, se le ponga a los potenciales afiliados las reglas, consecuencias y riesgos que existen en cada una de las posibilidades que ofrece el sistema general de pensiones, no

se puede tener por convalidado o ratificada la voluntad del demandante de permanecer en el régimen de ahorro individual por los traslados posteriores que realizó al entrar al R.A.I.S., porque la actuación está viciada desde el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados entre administradoras dentro del R.A.I.S.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES**, apeló con el argumento de que el demandante no era beneficiario del régimen de transición para que pudiera retornar en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; aseveró, que la simple manifestación de inconformidad respecto al monto de la mesada pensional, por sí sola no constituye prueba de que el actor haya sido víctima de engaño al momento de efectuar su traslado, esto, teniéndose en cuenta que el actor en su interrogatorio de parte, manifestó que la principal motivación para solicitar el traslado es porque se encuentra inconforme con el monto de su mesada pensional.

Ratificó, que el demandante tenía conocimiento de las consecuencias de su traslado, pues según su propio dicho tenía conocimiento en temas como la edad de pensión en el R.P.M.; que su mesada dependía de un salario promedio, que podía acceder a la pensión anticipada, que en el R.A.I.S la pensión es heredable, entre otras. Agregó además, que para el momento del traslado de actor, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones al momento del traslado.

**PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de apelación frente a la devolución de los gastos de administración y el seguro previsional; sostuvo, que estos descuentos están fundados en la Ley, que faculta

a las A.F.P. a realizar deducciones sobre los aportes al fondo de pensiones, que el descuento del 3% se usa para pagar los gastos de administración y la prima previsional, con el fallo de primera instancia, que ordena la devolución de esos aportes, se estaría incurriendo en enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

## **I. ACLARACIÓN PREVIA**

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente suministrada por los Administradores del Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 30 de junio de 1957(f.º 34); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 26 de octubre de 1981 hasta el 31 de julio de 1997, 809 semanas **iii)** que el 24 de julio de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., y que luego de una transferencia entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1861 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral (fls. 133, 200 y 219).

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

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado,

quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

*“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto*

*desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

*En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las*

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al

tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 133, 200 y 219, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 24 de julio de 1997, con fecha de efectividad el 1.º de septiembre del mismo año, con la A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

*(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que*

---

<sup>1</sup> CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

*su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”<sup>2</sup>*

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

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

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto*

---

<sup>2</sup> CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»<sup>3</sup>, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la

<sup>3</sup> SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A. el 24 de julio de 1994, con fecha de efectividad el 1.º de septiembre del mismo año, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

**RESUELVE:**

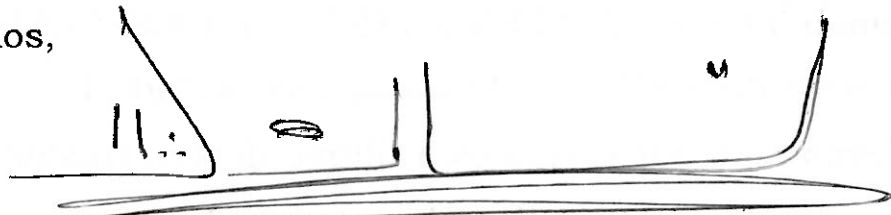
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2020, por el Juzgado 9.º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

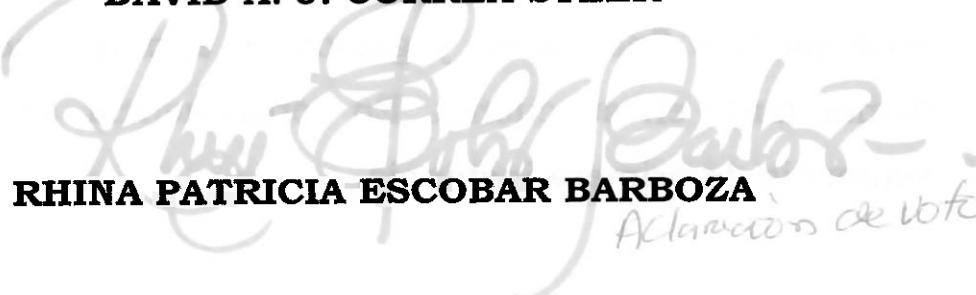
**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

*Aclaración de voto*



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

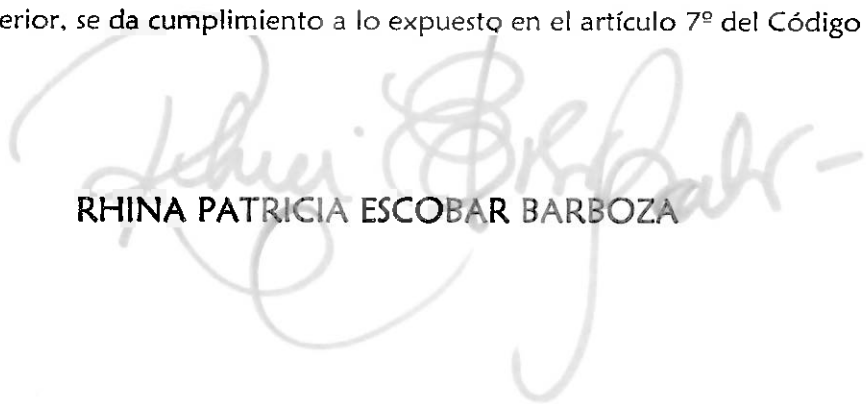
**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

|                                 |                          |
|---------------------------------|--------------------------|
| Clase de Proceso:               | ORDINARIO LABORAL        |
| Demandante:                     | LUIS URREA GIRALDO       |
| Demandando:                     | COLPENSIONES Y OTRO      |
| Código Único de identificación: | 110013105009201900005-01 |
| Magistrado Ponente:             | DAVID A.J. CORREA STEER  |

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

James M. Smith



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

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **OLMAN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ** en contra de **COLPENSIONES S.A.**

**EXP. 11001 31 05 011 2018 00515 01.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante respecto de la sentencia dictada el 25 de junio de 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se condene a Colpensiones, a reconocer y pagar el incremento pensional del 7% para su hijo Olman Andrés Rodríguez Hernández, previsto en el artículo 21 y 22 del Decreto 758 de 1990, el cual debe ser pagado desde la fecha en que lo pensionaron, junto con la respectiva indexación de las sumas adeudadas (f.º 4).

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el extinto Instituto de Seguros Sociales, le reconoció la pensión de invalidez, más incremento pensional del 14% y 7% por conyugue y 3 hijas, mediante la Resolución n.º 7188 del 6 de septiembre de 1989, con base en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición.

Agrego, que mediante resolución n.º 326739 del 22 de octubre de 2015, se niega el reconocimiento y pago de un incremento pensional por persona a cargo (f.º 3,4).

**II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Se admitió la demanda el 12 de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 29), quien la contestó oponiéndose a todas las pretensiones, con el argumento de que los incrementos pensionales reclamados fueron derogados, y el derecho se encuentra prescrito. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o ajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar,

no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (f.º 43-58).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (f.º 31).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 25 de junio de 2020, absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la parte demandante, tras considerar que los incrementos pensionales por personas a cargo no fueron derogados con la Ley 100 de 1994, y que si bien se cumplieron los requisitos para acceder a ellos, lo cierto es que se encuentran prescritos en su totalidad (f.º 77).

### **IV. CONSIDERACIONES**

De conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, para verificar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en caso afirmativo, si se reúnen los presupuestos de la norma para disponer su pago, y si los mismos, se encuentran afectados del fenómeno prescriptivo en forma total o parcial.

Los incrementos pensionales del 7% por hijos menos de edad a cargo no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, se deben entender como parte del régimen de prima media con prestación definida en virtud del artículo 31 *ibidem*

(CSJ SL, 27 jul. 2005 rad. 21517, SL, 5 dic. 2007 rad. 29751 y SL, 18 ago. 2010 rad. 36345, SL13007-2017 y SL1975-2018), criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Revisados los requisitos para el reconocimiento y pago del incremento pensional por persona a cargo, si bien habría lugar al reconocimiento de los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque se encuentran vigentes para quienes como el demandante, son los pensionados por vejez en virtud del régimen de transición que remite al citado acuerdo, como consta en la Resolución n.º 326739 del 22 de octubre de 2015 (f.º 19), aunado a que se acreditó la calidad de hijo del demandante de Olman Andrés Rodríguez Hernández, quien nació el 13 de junio de 1992 (f.º 14) y la dependencia económica total de este, del material probatorio con el que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye que se encuentran reunidos los requisitos legales para el reconocimiento de tales incrementos, máxime cuando la demandada no acreditó que la cónyuge del demandante reciba pensión alguna.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, SL, 13 jun. 2012 rad. 42568, SL, 18 sep. 2012 rad. 40919 y 42300, SL9638-2014, SL1585-2015, STL104-2016, SL1749-2018 y SL942-2019, que reiteraron la sentencia SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, entre otras), aunque los incrementos pensionales están vigentes, se encuentran sometidos a las reglas de la prescripción trienal que rige en materia laboral previstas en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el 151 del Código

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en forma total y no parcial.

Y aunque no se desconocen por la Sala mayoritaria los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, en los que se adocrinó sobre la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional, desde la sentencia T-456 del 27 de noviembre de 2018, al resolver de forma acumulada 11 expedientes que compartían unidad de materia, la alta Corporación concluyó que tal beneficio fue derogado con la Ley 100 de 1993, por lo que debió consolidarse en vigencia del Decreto 758 de 1990, tesis ratificada en la sentencia SU-140-2019.

Así las cosas, ante tal escenario la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional, ha sostenido de manera pacífica e inveterada que los citados incrementos pensionales conservan su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, pero además, que están sujetos al fenómeno de la prescripción, puesto que no hacen parte del derecho a la pensión, en tanto constituyen un aspecto económico que sirve para aumentar el monto de la misma, y que tal incremento debe entenderse exigible desde el momento en que se produjo el reconocimiento pensional (artículos 22 del Acuerdo 049 de 1990, 31 Ley 100 de 1993, CSJ SL1975 y SL1749 ambas de 2018, SL13007-2017, SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, SL, 27 jun. 2005 rad. 21517).

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, toda vez que al demandante le fue reactivada la pensión de invalidez, a través de la Resolución n.º 13816 del 22 de julio de 2003, viniendo a reclamar

dicho derecho con la notificación de la Resolución n.º 326739 del 22 de octubre de 2015, que reconoció la pensión de invalidez al demandante (f.º 19), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, es claro que los incrementos por persona a cargo aquí reclamados, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia consultada, sin costas en el grado jurisdiccional.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de junio de 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

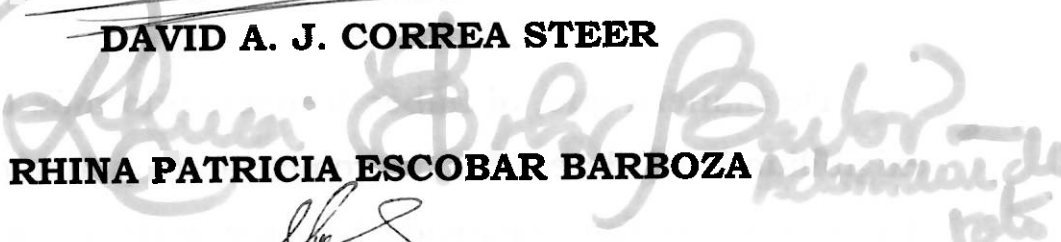
**SEGUNDO:** Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Aclaración de wto



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**Clase de Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Radicación N°:** 110013105011201800515-01  
**Demandante:** OLMAN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ  
**Demandado:** COLPENSIONES

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Con el respeto acostumbrado que le profesamos a nuestro compañero de Sala, nos permitimos aclarar el voto en las presentes diligencias, como quiera y si bien compartimos la confirmación de la sentencia de primer grado, ello deviene de nuestro criterio sobre la vigencia de los incrementos pensionales.

En efecto, es menester advertir que la H. Corte Constitucional a través de sentencia SU 140-2019 estableció que los incrementos pensionales no se encuentran vigentes, ello con fundamento en que dada la promulgación de la Ley 100 de 1993, el sistema de pensiones vigente sufrió una transformación estructural cuya dimensión ameritó el establecimiento de un régimen que regulaba la transición del anterior al nuevo sistema, pero que a pesar de tal modificación no era posible afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya tuvieran derechos adquiridos ora una expectativa legítima sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a la pensión.

Con estas consideraciones, se dispuso por el alto Tribunal la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, esto es, edad, tiempo y monto; y que ante la ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la prementada Ley 100, hubo una derogatoria orgánica del régimen anterior dentro del cual cohabitaban los incrementos que se pretenden en el presente diligenciamiento.

En tal sentido, la mentada Corporación señala que los incrementos pensionales no son contestes con el inciso 11 del Acto Legislativo 01 de 2005, que establece un marco de sostenibilidad fiscal así, «guarda una relación de medio a fin con la sostenibilidad del sistema de pensiones que se pretendió asegurar con el referido acto legislativo», y en ese orden de ideas, en el evento hipotético que se considerase su vigencia, al verse afectado el principio de sostenibilidad del sistema pensional habría





*Rama Judicial*

que inaplicarlo por inconstitucional, por demás que serían contrarios a los principios de universalidad y de solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.

Recordamos a la letra lo expuesto por la H. Corte Constitucional en esa sentencia de unificación a la que hemos hecho referencia:

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.”

Son entonces suficientes las anteriores razones, para aclarar nuestro voto en estas diligencias.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'MC' followed by a stylized flourish.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to be 'Rhina Patricia Escobar Barboza'.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  

---

Sala Segunda de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**

**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **MARTHA LUCIA MUÑOZ GOMEZ** en contra de **PORVENIR S.A, COLPENSIONES** y **LA UNIDAD ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES UGPP**

**EXP. 11001 31 05 012 2018 00254 01.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, respecto de la sentencia proferida el 13 de agosto de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuados a Porvenir S.A., el 1.º de diciembre de 1995, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de información profesional, clara y precisa; en consecuencia, la demandante continúe afilada a la U.G.P.P.; que Colpensiones debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, y se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.º 2-3).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 4 de octubre de 1962; realizó aportes en Cajanal, en el año 1989, momento en el que fue visitada por los asesores de Porvenir, quienes le brindaron información acerca de que el régimen de prima media se iba a acabar, y la pensión que recibiría sería más favorable, lo que motivó su traslado a dicho fondo, el cual se hizo efectivo a partir del 1.º de diciembre de 1995.

Agregó, que solicito un cálculo pensional ante Porvenir y la suma que manifiestan es que se pensionar con una suma menor de la que esperaba, solicito ante la UGPP y Porvenir la nulidad de las afiliaciones pero contestaron negando esas peticiones. Afirmó, que en el año 2018, intentó nuevamente trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada. (f.º 2).

### **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 8 de mayo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 45).

**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUYENTES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-U.G.P.P.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones ya que no tiene vínculo contractual con la demandante; en su defensa, invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (f.º 56-58).

**COLPENSIONES**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, ya que la demandante no estuvo afiliada a tal entidad, sino a la U.G.P.P., y el último traslado de ella fue a Porvenir S.A., por lo que se requiere la participación de ella para dicho trámite, y generaría detrimento patrimonial a dicha entidad, toda vez que los rendimientos son diferentes en dichos regímenes; en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, declaratoria de otras excepciones (f.º 71-77).

**PORVENIR S.A.**, contestó a través de curador ad litem, con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; en su defensa, propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inepta demanda, inexistencia de las obligaciones, falta de causa para pedir, genérica, carencia de norma jurídica y falta de causa.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 47, vto).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de agosto de 2020, declaró la ineficacia la afiliación efectuada

el 29 de noviembre de 1995, ante Porvenir S.A.; ordenó a dicha entidad a trasladar los aportes R.P.M.P.D. administrado por Colpensiones, quién deberá aceptar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos; así mismo, absolvió a Porvenir, Colpensiones y a la U.G.P.P. de cada una de las suplicas de la demanda, declaro no probadas las excepciones de Porvenir y Colpensiones, y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.º 138).

El despacho, observa que la demandante ni por condición de edad, ni por condición de tiempo es beneficiaria del régimen de transición, por ende, hace que la administración de su régimen pensional haya sido objeto de subrogación; así el despacho descartara cualquier tipo de responsabilidad a cargo de la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Parafiscales-U.G.P.P.

Adujo, que en el presente proceso, no se genera un vicio del consentimiento, toda vez que no hay una condición de error, fuera o dolo, sino que lo que se está abordado, es un fenómeno de ineficacia en sentido estricto por un acto de afiliación desinformada, no obstante, este deber de información, Porvenir los hace consistir en la existencia del formulario de afiliación, y en algunas otras comunicaciones de las cuales se determina su alcance, por lo que dice la demandada (Porvenir S.A.) que no se le culpe con la carga de la prueba correspondiente.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES**, apeló con el argumento de que si bien la demandante estaba plenamente habilitada para la trasladarse de régimen como lo hizo porque para la época de la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 31 años de edad y no había

cotizado las semanas requeridas, y en tal sentido, no se puede determinar que ella era conocedora del sistema de pensiones, y que por su condición de juez promiscua, debía conocer claramente las situaciones de cada régimen; por lo que la administradora actuó de buena fe, ya que no fue parte dentro del proceso de traslado, toda vez que nunca estuvo afiliada al I.S.S.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, sostuvo, que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado de afiliación del R.A.I.S. con dicha entidad, toda vez que para la época en la cual la demandante se afilió a este régimen pensional, se tiene que el deber de información se hay cumplido a cabalidad; adicionalmente, dijo que no existe un error en la información, ni tampoco un suministro inapropiado de la misma, porque las normativas que regulaban la materia para la época simplemente obligaban a los fondos a entregar información clara, expresa y exigible, que les permitiera a los posibles afiliados la mejor opción en la época.

Así mismo, solicitó que no se ordene los traslados de los saldos de la cuenta de ahorro individual, conforme el artículo 1509 del Código Civil, y que la demandante fue negligente acerca de averiguar por su futuro pensional, ya que admitió que nunca investigó al respecto; en todo caso, tuvo la oportunidad de retractarse al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003 y la Circular 01 de 2004 de la Superintendencia Financiera, como fue publicado en medios de comunicación de amplia circulación nacional, y no lo hizo.

**EL MINISTERIO PÚBLICO**, apeló el numeral segundo de la sentencia, para que no solamente se traslade por parte de Porvenir a Colpensiones los saldos, aportes y rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, sino que además se disponga el traslado de los porcentajes descontados por concepto de

cupos, cuotas de administración; y que en virtud de la ley, también se traslade el porcentaje descontado con destino al Fondo de Garantías de Pensión Mínima, de manera que, dichas restituciones mutuas para efectos de dar el alcance que tiene esa ineficacia se hace necesario que devuelva a Colpensiones no solamente los conceptos que se señalaron en la sentencia, sino también la cuota correspondiente a la administración que mensualmente descuenta el fondo de pensiones.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente por parte de las administradoras de pensiones demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 4 de octubre de 1962 (f.º 10); **ii)** que cotizó en el R.P.M. en CAJANAL, desde el 21 de julio de 1989 hasta el 30 de noviembre de 1995 (f.º 19 a 25); **iii)** que el 19 de noviembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de diciembre de 1995 (f.º11), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A., con un total de 1115 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 12 a 16.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión*

*que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.*

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 11, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 19 de noviembre de 1995, con fecha de efectividad el 1.º de diciembre del mismo año, con la A.F.P. PORVENIR S.A., y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

*dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”*

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

*(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que*

---

<sup>1</sup> CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

*su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”<sup>2</sup>*

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

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

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro*

<sup>2</sup> CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»<sup>3</sup>, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó en su momento la demandante de CAJANAL a la A.F.P. PORVENIR S.A., el 19 de noviembre de 1995, con fecha de efectividad el 1.º de diciembre del mismo año, y que

---

<sup>3</sup> SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A., por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de agosto de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

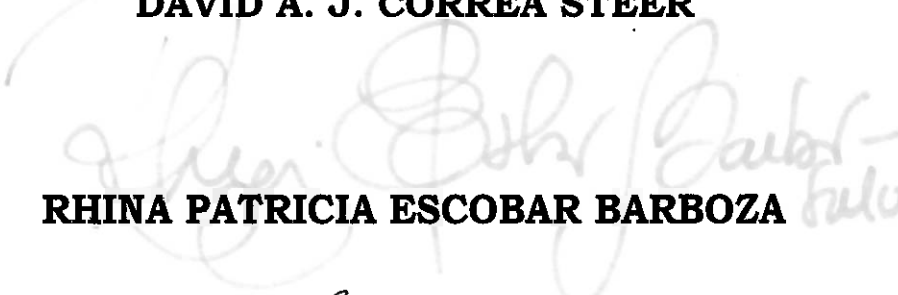
**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**