



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 CLAUDIA PATRICIA DE SOCORRO CÁRDENAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 015 2018 00368 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 Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 16 de julio de 2020, por el Juzgado 15 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 régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que no se le asesoró ni se le informó claramente por parte de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., qué le era lesivo y qué le beneficiaba con respecto al cambio de régimen pensional; que lo anterior conlleva su regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a efectuar el traslado de aportes con sus respectivos rendimientos y reporte las semanas cotizadas a COLPENSIONES entidad a la que se encontraba afiliada la demandante con anterioridad a la afiliación a PORVENIR S.A.

Consecuencialmente, ordenar a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores y tener como su afiliada a la aquí demandante, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita. (f.º 6-7).

Para el efecto, manifestó que nació el 23 de marzo de 1962; que se afilió al régimen de prima media con prestación definida para el 29 de julio de 1987, administrado por el extinto I.S.S. hoy COLPENSIONES, que el 30 de noviembre de 1994, diligenció formulario de afiliación al fondo privado pensiones y cesantías HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., época para que era empleada dependiente de la Universidad de los Andes, Fondo de pensiones que insinuó que el traslado a esa entidad era la mejor opción adicional, que el Instituto de Seguro Social estaba en crisis financiera, y por lo tanto, iba a desaparecer; finalmente, también indicó que el asesor de PORVENIR S.A. le expresó que la aquí demandante tenía la

posibilidad de programar su edad de retiro, y que este sería en condiciones más favorables.

Reveló que PORVENIR S.A., no le informó de las ventajas y desventajas de afiliarse a éste régimen, ni generó una comparación entre uno y otro régimen pensional, en cuanto a la edad, el cambio de la mesada pensional y el manejo de rendimientos financieros, más comisiones; que no se le informó qué modalidad de pensión iba a recibir; dado lo anterior, expresó que se trasladó para el año 2000 a la A.F.P. PROTECCIÓN, y que esta última A.F.P., tampoco le informó de las ventajas y desventajas de afiliarse a éste régimen.

Señaló, que reclamó administrativamente a COLPENSIONES el 19 de enero de 2018, solicitando la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada por esta entidad. (f.º 7 - 11).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de agosto de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 73).

COLPENSIONES, se opuso parcialmente a las pretensiones, y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: prescripción, compensación, cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (f.º 76-83).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones de mérito las denominadas: 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 138-149).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: inexistencia del perjuicio causado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación, buena fe inexistencia de perjuicio causado, Reasesoría del 16 de febrero de 2009, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, 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 289-295).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º75).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 16 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuada el 30 de noviembre de 1994, a través de la administradora Horizonte hoy PORVENIR S.A., declaró también la ineficacia del traslado efectuada a través de PROTECCIÓN S.A., y ordenar a este último, que traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, a través de la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES; ordenó a dicha entidad a recibir a la demandante en el R.P.M.; declaró no demostradas las excepciones propuestas por la parte demandada, no condenó en costas, ni a favor

ni en contra de ninguna de las partes, y concedió el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. (f.º 321-323).

En lo que interesa a la alzada, consideró que de acuerdo como lo ha indicado la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia radicado 39772 del 5 de octubre del año 2010, que la interpretación que se debe dar al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con respecto a los tres años de permanencia mínima que podría optar, pues se predice que ese “podría optar” no se puede dar, ya que para antes del año 1994, no se contaba en Colombia con dos regímenes pensionales, sino que solo se contaba con uno solo, y solo después de ese año (1994), existen en Colombia dos regímenes que permiten pues optar entre uno y otro, ya que no puede optar frente a una sola posibilidad. Así las cosas, en este caso, esta afiliación efectuada por la señora demandante para el mes de noviembre del año 1994, cuando había transcurrido cerca de seis meses aproximadamente de que se pudiera en Colombia poder optar por un régimen y otro, deviene en ilegal.

Manifestó, que de acuerdo a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia con radicado n.º 39772 del 5 de octubre del 2010, se indicó que antes de la Ley 100 de 1993, no existía el régimen de prima media de ahorro individual, por lo que el causante no tenía capacidad jurídica de optar por uno u otro, por lo que antes no podía seleccionarse ninguno; y si bien, el causante se afilió al I.S.S. en el año 1985, y mantuvo sus cotizaciones hasta el año 1990, la verdadera selección fue la que hizo en vigencia al sistema general de pensiones, esto es, a partir del 1.º de abril de 1994, una vez en entrada en vigencia este sistema, por lo que el causante solo podía trasladarse de régimen transcurrido tres años de la entrada en vigor de la ley, esto es, a partir del 1.º de abril de 1997.

Ahondó, que con lo manifestado anteriormente, se concluyó que todas afiliaciones que no cumplieron el periodo de permanencia mínima de tres años, ya con la posibilidad de escoger, es decir, que existan dos régimen en Colombia devienen en ilegales, por no cumplir los presupuestos del literal e) del artículo 13. Entonces, bajo esta primera preceptiva, se declaró la ilegalidad de la afiliación de la señora demandante surtida para el mes de noviembre de 1994, por no respetar los topes de permanencia mínimo exigidos por el literal e) del artículo 13 de la ley, y conforme a la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Expresó, que la falta de consentimiento informado está descrito en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ya que el mismo indica que el sistema general de pensiones tendrá la siguiente característica: selección de cualquiera de los regímenes libre y voluntariamente por parte del afiliado, así que si se desconoce este precepto, se tendrá como sanción de acuerdo al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la correspondiente ineficacia de la afiliación.

Comentó, que hay una línea Jurisprudencial contenida en los radicados n.º 31989, 31314 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 2011, SL 12136 de 2014, SL 4964 de 2018, de las cuales, la Corte expuso que se debe cumplir con unos deberes de información en el proceso de traslado de un régimen a la otra. Además, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, la Corte manifestó que el libre albedrío no se limita a la simple manifestación de la voluntad, sino que se debe ajustar a los parámetros de información, es decir, que el traslado de régimen debe estar precedido con una información clara, comprensible y suficiente sobre las ventajas y desventajas que su decisión acarrea.

Por lo anterior, consideró que de acuerdo con las pruebas

documentales y lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte, las partes demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. no acreditaron que efectivamente le hubiesen brindado a la demandante una información clara, oportuna y suficiente respecto al régimen de pensiones al cual se encontraría afiliada, sumado a que la firma del formulario de afiliación, así como las afirmaciones consignadas en formatos preimpresos de los fondos referentes a la libertad y voluntariedad con la que se hace la afiliación, a lo sumo acreditarían consentimiento, pero no son suficientes para demostrar el cumplimiento del deber de información.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, 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 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, por parte de las administradoras de pensiones demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 23 de marzo de 1962 (f.º 36, 247); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 29 de julio de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1994, 383.29 semanas (f.º 38); **iii)** que el 30 de noviembre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de diciembre de 1994, (f.º 150 a 154), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1479.86 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 301 a 308.

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, el 30 de noviembre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de diciembre de 1994, (f.º 150 a 154), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 296 a 308., 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. (...)”¹

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

¹ 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.”²

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, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, 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

² 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 todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, 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”³, 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, hoy PORVENIR S.A., el 30 de noviembre de 1994, con fecha de efectividad desde 1.º de diciembre de 1994, y que luego

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente, se encuentra vinculada a PROTECCIÓN 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 16 de julio de 2020, por el Juzgado 15 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,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA *Atornuon de nro.*



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

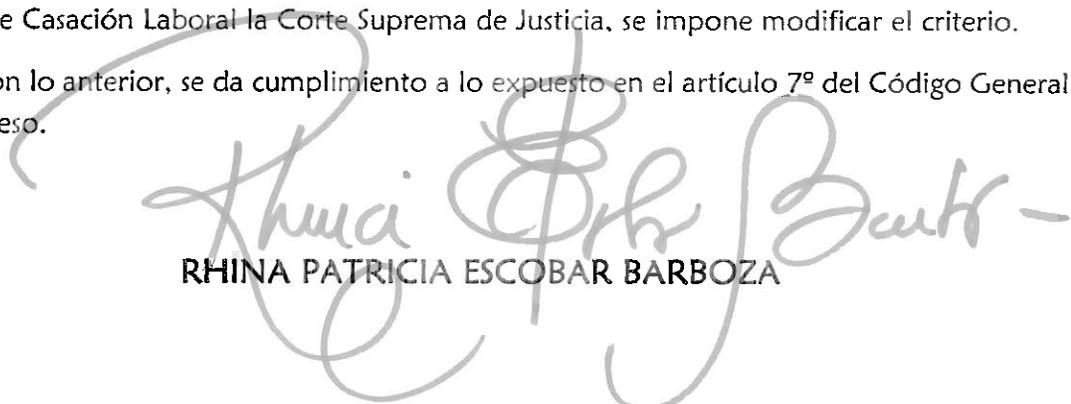
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	LUZ CLAUDIA PATRICIA DEL SOCORRO CÁRDENAS
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105015201800368-01
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 **GRACIELA MONTAÑEZ TORRES** en contra de **COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 018 2018 00265 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 11 de marzo de 2020, por el Juzgado 18 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 régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que no se le asesoró, ni se le informó claramente por parte de PORVENIR S.A., qué le era lesivo y qué le beneficiaba con respecto al cambio de régimen pensional; que lo anterior, conlleva su regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a esta última, todos los valores que hubiese recibido con motivo de dicha afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses.

Consecuencialmente, ordenar a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores y tener como su afiliada a la aquí demandante, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita. (f.º 3-4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 21 de marzo de 1960; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 16 de abril de 1979, que en el mes de mayo de 2001, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo PORVENIR S.A.; que no le informó de las ventajas y desventajas de afiliarse a éste régimen, ni generó una comparación entre uno y otro régimen pensional en cuanto a la edad, el cambio de la mesada pensional y el manejo de rendimientos financieros más comisiones; que no se le informó qué modalidad de pensión iba a recibir; que PORVENIR S.A. no le informó cuál era el capital que tenía que ahorrar para recibir una mesada pensional a futuro.

Señaló, que reclamó administrativamente a PORVENIR S.A, el 16 de noviembre de 2017, al solicitar la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada por esta entidad, el día 22 de noviembre de 2017.

Finalmente, indicó que también reclamó administrativamente a COLPENSIONES el 7 de febrero de 2018, donde solicitó la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada por esta entidad. (F.º 3-7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 68).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, para poderse trasladar en cualquier tiempo y su afiliación se encuentra con la A.F.P. PORVENIR S.A., la cual se realizó con los requisitos de ley y hasta que no se pruebe la nulidad, no es procedente dar como vigente la afiliación al R.P.M.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (f.º 73 - 88).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que a la demandante sí se le brindó la información suficiente por parte de los asesores al momento de la

afiliación, y su traslado estuvo precedido de una decisión libre e informada.

Propuso las 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 104 - 112).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 11 de marzo de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al R.A.I.S. suscrita el día 27 de marzo de 2001, que en su caso administra PORVENIR S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes recibidos de la demandante junto con los intereses, rendimientos y demás frutos civiles, sin que fuese posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros; ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el R.P.M.; condenó en costas a PORVENIR S.A., concedió recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. (f.º 168).

En lo que interesa a la alzada, consideró que de acuerdo como lo ha indicado la corte que el deber de información no es a partir de la Ley 1748 del 2014, sino a partir del Decreto 663 de 1993, donde las A.F.P. están obligadas a suministrar a los usuarios toda la información con el fin de lograr una mayor transparencia en las operaciones que realice de suerte que les permita a los usuarios a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la mejor opción del mercado.

Manifestó, que la Corte ha considerado que no es necesario que quien solicite la ineficacia del traslado pertenezca al régimen de transición, ya que la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado, eso teniéndose en cuenta las particularidades de cada caso. Del consentimiento del formulario, la Corte ha dicho que la firma en el formulario igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos tales como “la afiliación de hace libre y voluntaria” no son suficientes para dar por demostrada el deber de información, a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado.

Lo anterior, es respaldado en sentencias del 9 de mayo radicación n.º 68838, del 3 de abril de 2019 radicación n.º 68852, del 8 de mayo de 2019 radicación n.º 65791, del 14 de agosto del 2019 radicación n.º 76284, y la sentencia del 2 de septiembre de 2019 radicado n.º 106180, esta última emitida por la Honorable Corte Suprema De Justicia Sala de Casación Penal, con ocasión a una sentencia de tutela.

Finalmente, Consideró que de acuerdo con las pruebas documentales y lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte, la parte demandada PORVENIR S.A., no acreditó que efectivamente en el 2001, le hubiese brindado a la demandante una información clara, oportuna y suficiente respecto al régimen de pensiones al cual se encontraría afiliada, sumado a que la firma del formulario de afiliación, así como las afirmaciones consignadas en formatos preimpresos de los fondos referentes a la libertad y voluntariedad con la que se hace la afiliación a lo sumo acreditarían consentimiento, pero no son suficientes para demostrar el cumplimiento del deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que el documento firmado por la parte demandante es un documento público que se presume auténtico, que goza de toda plena validez; además, en un formato autorizado por la superintendencia financiera.

Indicó, que se asesoró debidamente a la parte demandante en cuanto a todas las implicaciones que conllevaría al traslado de régimen, especialmente el de transición, bonos pensionales entre otros; además, que la actora manifestó su voluntad con la firma en el formulario.

Respecto de la devolución de gastos de administración, indicó que si existe la ineficacia en la afiliación o todo vuelve a su estado natural, se sobre entiende que los gastos de administración no existieron, también es importante reiterar que los gastos de administración no financian la pensión, son unos dineros diferentes en los que se cubrió por invalidez y por muerte la demandante durante todo este tiempo, y como no financian la pensión están prescritos, por ello, no es dable realizar una condena en devolución de estos dineros.

Por su parte, **COLPENSIONES** apeló con el argumento de que la parte demandante no probó vicio en el consentimiento o inducción al error que permitiera inferir que existe o que se podría dar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional por lo que consideró que tal afiliación al R.A.I.S., realizada a la A.F.P. PORVENIR S.A. goza de plena validez.

Finalmente, indicó que la inconformidad que manifestó la actora es frente al valor de su mesada pensional, hecho que no viciaría el consentimiento, así mismo, que es la propia ley quien define la manera de liquidar las mesadas pensionales dentro de cada régimen pensional, lo que no vicia o puede dar lugar a declarar la ineficacia de un traslado de régimen pensional. De igual manera, debe tenerse en cuenta que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el literal E) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al faltarle menos de 10 años para causar su derecho a la pensión de vejez.

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 21 de marzo de 1960 (f.º 35, 36); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 16 de abril de 1979 hasta el 30 de abril de 2001, 755.43 semanas (f.º 117-118); **iii)** que el 27 de marzo de 2001, 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 mayo de 2001, (f.º 42,114-115;121), actualmente se encuentra vinculada a Porvenir S.A.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 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, se avizora el formulario que el 27 de marzo de 2001, 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 mayo de 2001, (f.º 42,114-115;121), 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. (...)”¹

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.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no

¹ CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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”³, 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., el 27 de marzo de 2001, 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.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

RESUELVE:

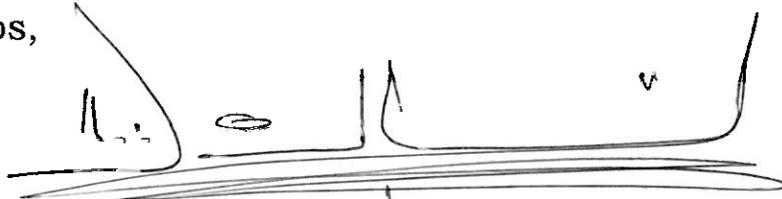
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

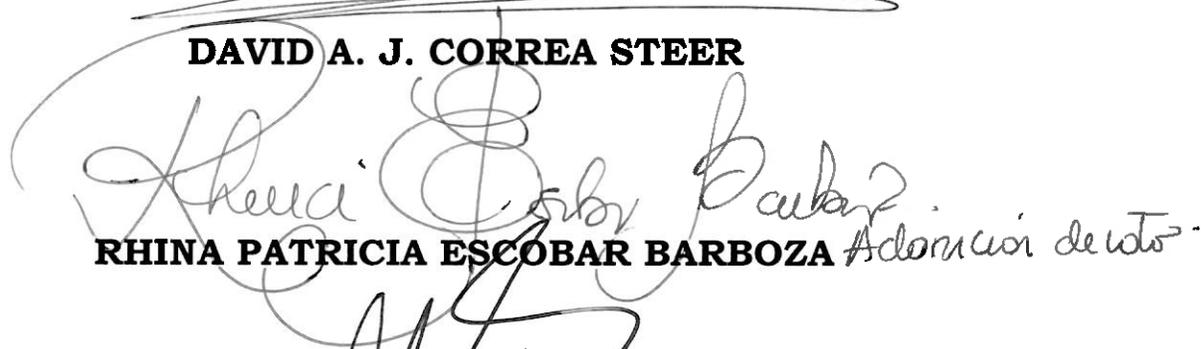
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Admoción de voto



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

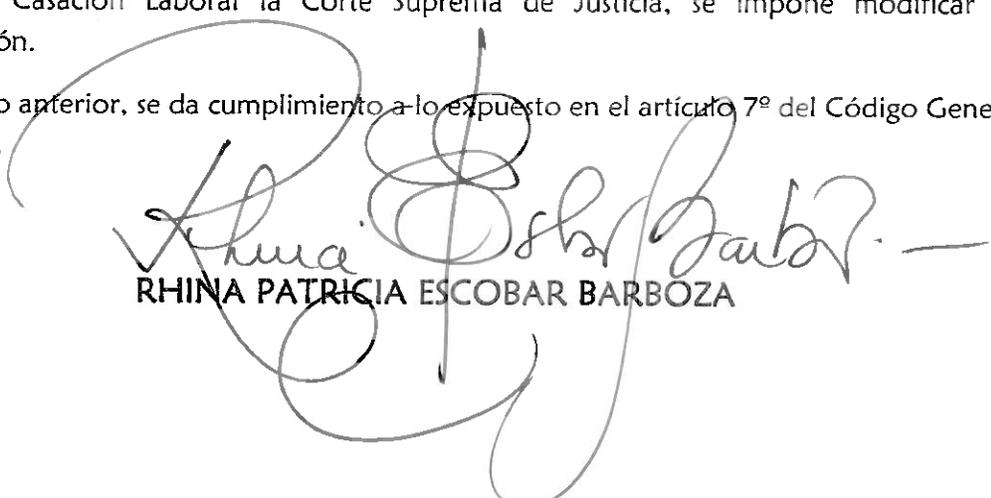
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	GRACIELA MONTAÑEZ TORRES
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	1100131050018201800265-01
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 tal interpretación.

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 **MARCELA EUGENIA VARONA URIBE** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 019 2019 00220 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 28 de agosto de 2020, por el Juzgado 19 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 régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que no se le asesoró, ni se le informó claramente por parte PORVENIR S.A. qué le era lesivo y qué le beneficiaba con respecto al cambio de régimen pensional; que lo anterior, conlleva su regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. comunicar y trasladar a esta última, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación desde febrero de 1998 tales como cotizaciones, rendimientos y demás sumas de dinero que resulten probadas dentro del proceso (f.º 2).

Consecuencialmente, ordenar a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores y tener como su afiliada a la aquí demandante, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 26 de septiembre de 1961, estuvo afiliada en el régimen de prima media realizando sus correspondientes aportes entre el 31 de enero de 1986 y el 31 de enero de 1998, que en el mes de febrero de 1998 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo PORVENIR S.A.; que no informó de las ventajas y desventajas de afiliarse a éste régimen, ni generó una comparación entre uno y otro régimen pensional en cuanto a la edad, el cambio de la mesada pensional, y el manejo de rendimientos financieros, más comisiones; que no se le comunicó qué modalidad de pensión iba a recibir.

Manifestó, que la oferta hecha por PORVENIR S.A. para la afiliación se basó en que podría pensionarse a la edad que quisiera con el valor de la mesada pensional, que no afectaría las expectativas que traía del régimen que tenía, que se podría ver afectada en el derecho a su pensión de seguir vinculada al I.S.S. en la medida que dicha entidad desaparecería.

Indicó, que mediante oficio presentado el día 30 de enero de 2019 con radicado 0100223023422500 reclamó administrativamente a PORVENIR S.A. solicitando que se declara la ineficacia de la afiliación, pero la petición fue negada por esta entidad, el día 7 de febrero de 2019.

Denotó, que mediante oficio presentado el día 30 de enero de 2019, con radicado 2019_1288989, solicitó administrativamente a COLPENSIONES solicitando la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada por esta entidad el día, el día 30 de enero de 2019. (f.º 5-6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 28 de marzo de 2019, para que la parte actora subsanara de acuerdo al artículo 612 del Código General del Proceso. Posterior a la subsanación, la demanda se admitió el 17 de junio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 41).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante no probó los vicios de consentimiento como lo son error, fuerza, o dolo, y/o demostrara que estaba cobijada por el régimen de transición, esto es tener 15 años o mas cotizados al 1.º de abril de

1994, conforme a la sentencia SU 062 de 2010, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones, las denominadas inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica (f.º 51 - 52).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, puesto que la afiliación de la parte demandante fue una decisión libre de presiones, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación n.º 982256; además, se garantizó el derecho de retracto a la parte actora, como lo dispuso el artículo 3.º del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3800 del mismo año; finalmente, se publicó en el diario del tiempo un comunicado de prensa en el que se informa la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes, de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003. (f.º 81 - 87).

Propuso como excepciones de mérito, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la excepción genérica. (f.º 112 - 114).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 42).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de agosto de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al R.A.I.S., que en su caso administra PORVENIR S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó

a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes recibidos de la demandante junto con las cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones, sin costas, y concedió recurso de apelación a favor de PORVENIR S.A. , y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. (f.º 148-149).

En lo que interesa a la alzada, consideró que de acuerdo con las premisas normativas y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en tratándose de traslados de regímenes pensionales, que esas entidades que son encargadas de la dirección y del funcionamiento, garanticen una información que sea libre y voluntaria, con la entrega de la información suficiente y transparente, que les permita a los afiliados elegir entre distintas opciones que sean posibles en el mercado la que mejor se ajuste a sus intereses, esto, describiéndose las características, condiciones, accesos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales al implicar una comparación entre las características ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, como también, las consecuencias jurídicas de hacerse el traslado, de modo que la afiliada conozca con exactitud la lógica de los sistemas ,tanto públicos, como privados de pensión.

Precisó además, que si bien el traslado se dio en el año de 1997, fecha que no estaba decantada el tema de la doble asesoría, y también el buen consejo, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenía la obligación de garantizar a sus afiliados la libre y voluntaria con la entrega de la información suficiente y transparente, que les permite elegir entre las distintas opciones posibles en el

mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses, tan es así que la misma Ley 100 de 1993, en el artículo 13 literal b), introdujo que “sea libre y voluntaria”, lo que presupone que solo es posible cuando se sabe a plenitud las consecuencias de la decisión de esta naturaleza, sobre todo el de diferenciar los dos regímenes.

Por lo anterior, consideró que las partes demandadas no cumplieron con el deber de la carga dinámica de la prueba, principalmente PORVENIR S.A., por lo que el despacho concluyó que se faltó al deber de la información, y por ello, no le era permitido realizar el cambio de régimen de la aquí demandante; de tal manera, se puede concluir, que de acuerdo con el material probatorio que aportaron para controvertir los hechos de la presente demanda, por parte de la entidad demandada, se autorizó, se declarara la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Marcela Eugenia Varona Uribe.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que para la fecha de suscripción del formulario la normatividad aplicable para esa época era la Ley 100 de 1993, y era que: *“la aceptación era espontanea libre expresa de un afiliado para trasladarse del régimen”*; asimismo, resaltó que para la fecha de suscripción y firma del formulario no existía la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015; así las cosas, el análisis de la información suministrada por la A.F.P., y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario.

Indicó, que la demandante ha permanecido en el R.A.I.S. por mas de 20 años por lo que la Administradora Colombiana de

Pensiones COLPENSIONES, resultaría lesionada con la decisión adoptada esto en cuanto a la afectación del equilibrio de sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la constitución política adicionado por el artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, donde se reiteró mediante el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, que: “ *el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*”.

PORVENIR S.A., manifestó, que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante en un documento publico que se presumen autentico según los artículos 234 y 244 del Código General Del Proceso y el parágrafo 54.^a del Código Procesal Del Trabajo que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993: “*esto es que la selección fue libre, espontanea y sin presión*”, además, expresó que en el interrogatorio, la parte demandante ratifica el formulario de afiliación, y el mismo, no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 del Código General del Proceso.

Resaltó, que la parte actora en el interrogatorio que absolvió, dijo que se debe colegir que sí recibió la información suficiente, y que nunca se preocupó por conocer aspectos para ella relevantes, pese a los diferentes canales de atención con los que cuenta PORVENIR S.A., lo que denota una negligencia por parte de la demandante.

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 26 de septiembre de 1961 (f.º 15); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales de manera interrumpida entre el 31 de enero de 1986 hasta el 31 de enero de 1998, (f.º 17); **iii)** que el 22 de diciembre de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de febrero de 1998 conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 19-27, 116),

donde actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1.070 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa a folios 19 a 27.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 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, el 22 de diciembre de 1997, 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 febrero de 1998, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 19-27, 116), 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. (...)”¹

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

¹ 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.”²

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.

² 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”³, 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. PORVENIR S.A. el 22 de diciembre de 1997, con fecha de efectividad desde 1.º de febrero 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. 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 28 de agosto de 2020, por el Juzgado 19 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.

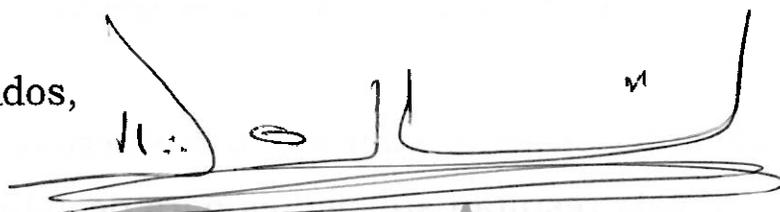
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**,

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

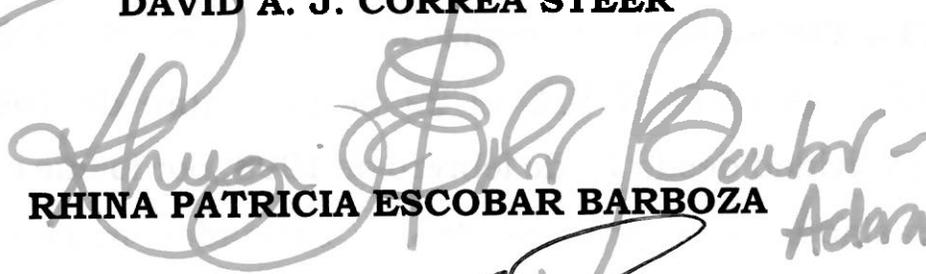
atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

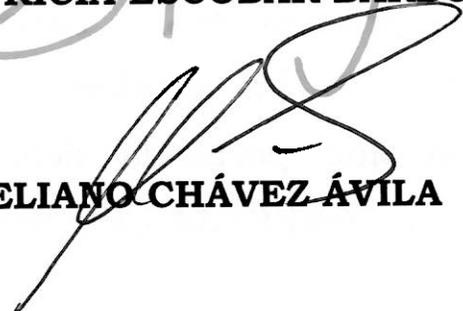


DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Adaración de...



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

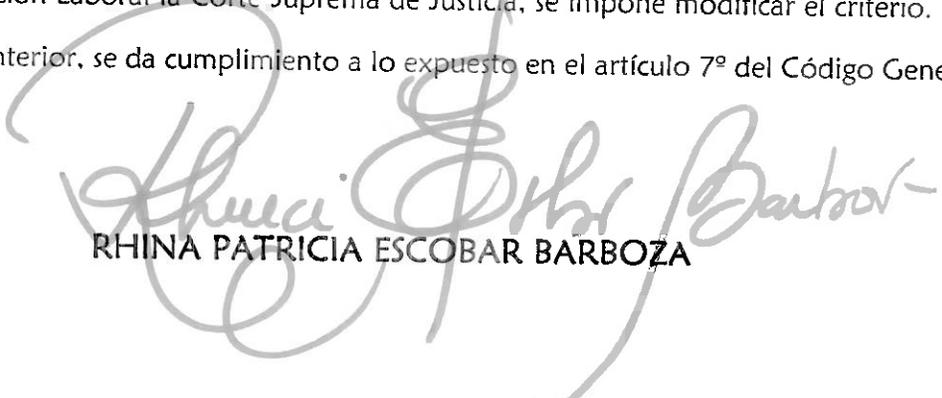
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	MARCELA EUGENIA VARONA URIBE
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105019201900220-01
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 **CLAUDIA ELVIRA RODRIGUEZ RUBIO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., Y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 021 2018 00587 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 24 de julio de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a PROTECCIÓN S.A., en el año de 1998, y a COLFONDOS S.A., fondo en el cual está actualmente por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.º 3 a 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 12 de abril de 1969; realizó aportes a COLPENSIONES, entre el 17 de noviembre de 1989, hasta el mes de febrero de 1998; posteriormente, fue visitada por asesores de PROTECCIÓN S.A. quienes le brindaron información acerca de la pensión de vejez, indicándole que se pensionaría antes de la edad establecida por la ley, y que el trámite del bono sería mucho rápido a diferencia de los otros fondos privados, que actualmente está afiliada a Colfondos.

Señaló, que reclamó administrativamente a PROTECCIÓN S.A., el 10 de agosto de 2018, solicitando la nulidad o invalidez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición no fue respondida. También, reclamó administrativamente a COLFONDOS S.A, en la misma fecha, requiriendo la nulidad o invalidez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada por esta entidad, el día 29 de agosto de 2018. Finalmente, presentó reclamo administrativo a COLPENSIONES, el día 17 de agosto de 2018, pidiendo la nulidad del

traslado de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición no fue respondida por esta entidad. (f.º 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 81).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al R.A.I.S. al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la A.F.P. COLFONDOS S.A., donde actualmente se encuentra afiliada.

Propuso como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (f.º 84 - 96).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la A.F.P., inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad, compensación, prescripción y excepción genérica. (f.º 129 - 134).

COLFONDOS S.A., se allanó a las pretensiones encaminadas a la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado de la parte actora, a excepción de la condena de costas, ya que concluyeron que para la fecha de afiliación de la parte actora las asesorías se realizaban de manera verbal, por lo que no se cuenta con soportes físicos de la asesoría, o de una proyección de cálculo actuarial efectuado a la parte demandante, que pueda demostrar que se le asesoró brindándole la información matemática que le permitiera establecer un comparativo de mesada entre ambos regímenes

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 82).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, que en su caso administra COLFONDOS S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES lo descontado de la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de gastos de administración y de traslado; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, y a actualizar su historia laboral; condenó en costas a COLFONDOS S.A., y concedió recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. (f.º 158 a 159).

En lo que interesa a la alzada, consideró que de acuerdo como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que para considerar que el traslado al régimen pensional estuvo a la voluntad del deseo del afiliado, y se requiere que la administradora

de ahorro individual haya suministrado la información, completa, clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de la situación pensional, y se tiene que conforme a la sentencia con radicado 68838, SL-1688 2019 (...) *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido por la Ilustración al trabajador, usuario como mínimo de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno los regímenes pensionales así como los riesgos y consecuencias del traslado.”*

Manifestó, que el deber de información data desde el artículo 97 de la Ley 673 de 1993, y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que conforme a estas normas estas entidades administradora de fondos de pensiones deben obrar no sólo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe; Igualmente, se tiene que frente a información que se debe dar, nuestra Corte Suprema de Justicia, ya también ha señalado que con base en esta normativa se deben dar a conocer la información necesaria, para que en el momento del traslado se pueda escoger con elementos de juicio las mejores opciones que están en el mercado, y con esta premisa, que está en el artículo 97 de Decreto 663 de 1993, se implica: la descripción de las características, condiciones de acceso servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada 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 del régimen en un lenguaje simple y comprensible.

Indicó, que con base en el artículo 1604 del Código Civil, la Corte Suprema ha establecido en su sentencia 4421 de 2019, que: (...) *“Tratándose de procesos de ineficacia del traslado del régimen pensional es a las administradoras de fondos a la que incumbe demostrar que cumplió con sus afiliados el deber de información el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje claro, comprensible y por ello de fácil acceso para los afiliados.”*

Consideró, que de acuerdo con las pruebas documentales y lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte, la parte demandada COLFONDOS, no acreditó que efectivamente en 1997, le hubiese brindado a la demandante una información clara, oportuna y suficiente, respecto al régimen de pensiones al cual se encontraría afiliada, sumado a que la firma del formulario de afiliación, así como las afirmaciones consignadas en formatos preimpresos de los fondos referentes a la libertad y voluntariedad con la que se hace la afiliación, a lo sumo acreditarían consentimiento, pero no son suficientes para demostrar el cumplimiento del deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. apeló con el argumento de que durante el tiempo que estuvo vinculada la señora Claudia Rodríguez con DAVIVIR S.A., y ante el traslado que realizara durante el año 1998, procedió en ese momento la A.F.P. a trasladarle todos los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, sin que exista ningún fallo a favor de la aquí demandante.

Dijo, que respecto a los gastos de administración, es de conocimiento general que las A.F.P. los cobran para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, y que de cada aporte correspondiente al 16% que realiza el afiliado(a) a la A.F.P. esta descontara un 3% para cubrir gastos administrativos y para pagar el seguro, descuento debidamente autorizado, en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

COLPENSIONES, sostuvo en su apelación, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, pues a la entrada de la

vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1.º de abril de 1994, no contaba con la edad requerida, ni con las semanas cotizadas al sistema general de pensiones, por lo que es fácil de colegir, que no hay expectativa real sobre su derecho a la pensión para poder regresar al régimen de prima media al momento; así las cosas, es claro que resulta improcedente que una afiliada a quien le faltan menos de 10 años para que su derecho a la pensión de vejez como es aquí en caso objeto de estudio, pretenda regresarse al régimen de prima media, pues lo dicho, afectaría la sostenibilidad del fondo común, teniendo en cuenta que el régimen de prima media administrado por Colpensiones, se sostiene de las cotizaciones que efectivamente los afiliados han realizado durante toda su vida laboral, independientemente de la suma cotizada, por lo que una persona aproximada a pensionarse no puede ser subsidiada por las cotizaciones de las demás.

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 abril de 1969 (f.º 31); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 17 de noviembre de 1989 hasta el 31 de agosto de 1997, 399.00 semanas (f.º 47 a 49); **iii)** que el 11 de febrero de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. DAVIVIR ahora PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde el 11 de febrero de 1998, hasta el 9 de diciembre de 1998, fecha en la cual firmó solicitud de traslado de salida a COLFONDOS (f.º 136 a 137), actualmente se encuentra vinculada a esta entidad, desde el 1.º de febrero de 1999, con un total de 1554,14 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (f.º 151, CD).

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, que el 11 de febrero de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. DAVIVIR ahora PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde ese momento, hasta el 9 de diciembre de 1998, fecha en la cual firmó solicitud de traslado de salida a COLFONDOS (f.º 136 a 137), y actualmente se encuentra vinculada a esta entidad, desde el 1.º de febrero de 1999, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (f.º 151, CD), 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. (...)”¹

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.*

¹ 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.”²

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:

² 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»³, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

³ 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. DAVIVIR ahora PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde el 11 de febrero de 1998, hasta el 9 de diciembre de 1998, fecha en la cual firmó solicitud de traslado de salida a COLFONDOS (f.º 136 a 137), actualmente se encuentra vinculada a esta entidad, desde el 1.º de febrero de 1999, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (f.º 151, CD), 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 24 de julio de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

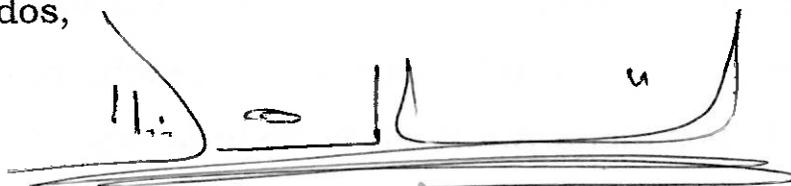
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**,

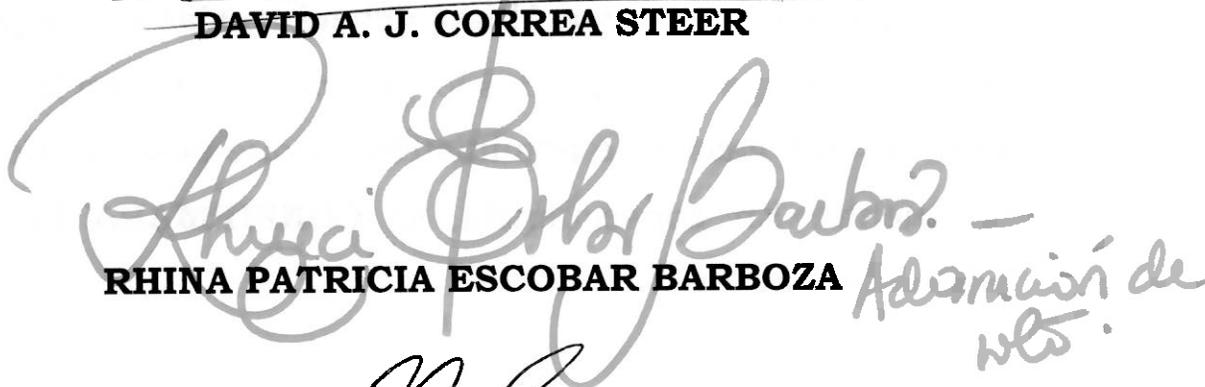
atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA Admisión de
wto.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

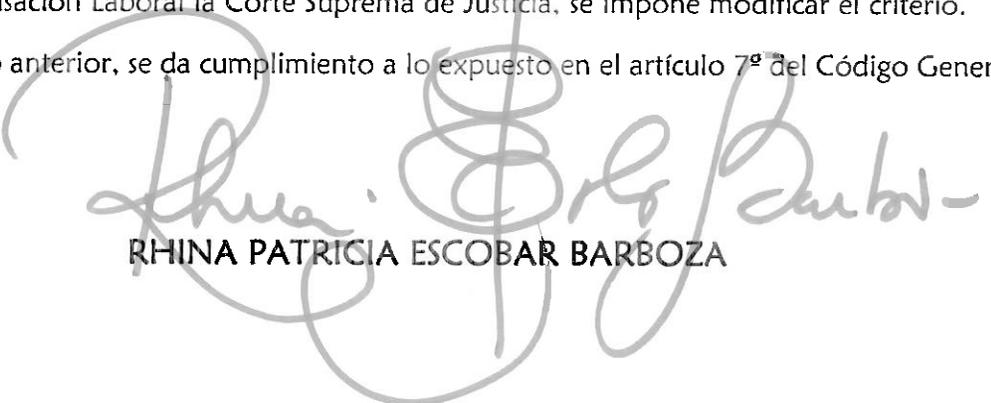
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	CLAUDIA ELVIRA RODRÍGUEZ RUBIO
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105021201800587-01
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 **MARÍA EUGENIA VÁSQUEZ MENDOZA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 021 2019 00559 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 17 de julio de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad absoluta del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a COLFONDOS S.A., el 1.º de marzo de 2002, y a PROTECCIÓN S.A., el 1.º de diciembre del 2006, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, ordenar a COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A., trasladar a Colpensiones, todos los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que se aplique las facultades extra y ultra petita. (f.º 4-5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 3 de diciembre de 1957, realizó aportes al I.S.S., desde el 14 de febrero de 1984, posteriormente, desde el 8 de julio de 1993, realizó cotizaciones a Colpensiones hasta el 28 de febrero de 2002; que el 15 de febrero de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, fondo COLFONDOS S.A. hasta el 30 de noviembre de 2006, que el asesor de la A.F.P. indujo al error a la aquí demandante, debido a que se le indicó que al momento del traslado el régimen de ahorro individual le permitiría pensionarse de manera anticipada bajo la modalidad de mesada pensional superior a la de una pensión del régimen de prima media, que el I.S.S. se iba acabar, y finalmente, en diciembre de 2006, se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A.

Manifestó, que en tres oportunidades mediante derechos de petición solicitó a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. copia del formulario de

afiliación, informándole esta última, que no había sido posible encontrarlo, y que mediante comunicado del día 21 de marzo de 2018, la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. expresó que la aquí demandante según proyección realizada, solo tenía derecho a devolución de saldos.

Señaló, que reclamó administrativamente a Colpensiones solicitándose la legalización de traslado del R.A.I.S. al régimen de prima media con prestación definida, y que la misma, mediante comunicados n.º BZ2019-932635-0204285 del 23 de enero de 2019, y BZ2019_1700777 del 8 de febrero de 2019, resolvió no dar trámite a la solicitud. (f.º 5-8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de noviembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 130).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la afiliación de la demandante fue plenamente válida y eficaz, ya que se había dado de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría adecuada, a través de la firma del formulario de vinculación el cual cumplió con todos los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de

buena fe y la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia. (f.º 170-173).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese incurrido en error (falta al deber de información), o de que se hubiese estado en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), por parte de las A.F.P. COLFONDOS S.A. e ING PENSIONES, hoy PROTECCIÓN S.A.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f.º 230-236).

COLFONDOS S.A., guardó silencio (f.º 144-148 y 153).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 158).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 17 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, que en su caso administra COLFONDOS S.A. para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones, con

todos sus frutos e intereses sin deducción de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante; condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES lo descontado de la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de gastos de administración; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral; condenó en costas a COLFONDOS S.A., declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., y concedió recurso de apelación interpuesto por dicha entidad (PROTECCIÓN S.A.) y por COLPENSIONES. (f.º 260).

En lo que interesa a la alzada, consideró que de acuerdo como lo ha indicado la jurisprudencia de la corte en sentencia con rad. 19447 de 2017, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar presidido de la ilustración al trabajador usuario como mínimo acerca de las características, condiciones, ventajas, desventajas de cada uno, y los regímenes pensionales, así como los riesgos y las consecuencias del traslado en el campo seguridad social, pues existe un verdadero deber de obtener un consentimiento de una manera cualificado, que es un conocimiento informado, por lo que no es un consentimiento simple.

Expresó, que el deber de información esta manifestado en el estatuto orgánico del sistema financiero artículo 97 de la Ley 663 de 1993, y que también está contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, donde en cuyos análisis de esta norma, está dicho que conforme a ella, se debía obrar por parte de esas A.F.P., no sólo conforme a la ley, sino también soportados en principios de buena fe, y al servicio de los intereses sociales, haciendo también especial énfasis de que bajo la premisa normativa del artículo 97 del Decreto

666, esto es, el estatuto orgánico del sistema financiero, donde se indica que se debe otorgar la información necesaria para lograr mayor transparencia en las operaciones del mercado que realice estas A.F.P., atendiendo unos elementos de juicio claros, comprensibles por parte del afiliado o el usuario de este tipo de personas para obtener las mejores opciones que tengan el mercado.

Consideró además, que de acuerdo con las pruebas allegas al expediente en el formulario de afiliación que está a folio 9,0 pese a tener una leyenda preimpresa de la voluntad del afiliado no está demostrado que COLFONDOS S.A., en su momento, haya dado la información necesaria a la señora demandante María Eugenia Vásquez Mendoza, para el momento del traslado en las condiciones, característica de uno u otro régimen en los términos que ha establecido nuestra Corte Suprema justicia.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, sostuvo que no estaban de acuerdo con la sentencia proferida que dispuso el juzgado en cuanto a declarar la nulidad y/o ineficacia de la aquí demandante, y de activar su afiliación, de igual manera, frente a las costas no estuvieron de acuerdo.

PROTECCIÓN S.A. sustentó su apelación, en que no estaban de acuerdo con la sentencia proferida que dispuso el juzgado en cuanto a condenar a esta A.F.P. trasladando a Colpensiones los gastos de administración por el tiempo que la demandante estuvo afiliada; argumentó, que se administró de manera diligente los recursos de la aquí demandante, y que gracias a esta gestión, la cuenta de ahorro de la señora María Eugenia Vásquez Mendoza, incrementó gracias a los rendimientos generados.

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 hay lugar o no a la devolución de los gastos de administración, rendimientos financieros, por parte de las Administradora de pensiones PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES; así como también, las costas del proceso.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 3 de diciembre de 1957 (f.º 64) **ii)** cotizó a

Colpensiones entre el 8 de julio de 1993 hasta el 28 de febrero de 2002, 202.29 semanas (f.º 73, 74, 86 a 89, 206 cd); **iii**) que el 5 de febrero de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde marzo de 2002 hasta noviembre de 2006, fecha en la cual firmó solicitud de traslado de salida a COLFONDOS (f.º 90 a 91), actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., desde diciembre de 2006, con un total de 578.57 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (f.º 205-209).

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.

Ahora bien, 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, en torno al grado jurisdiccional de consulta, respecto de COLPENSIONES, y en lo atinente a 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*¹, 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 inicialmente la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 5 de febrero de 2002, y hoy a PROTECCIÓN S.A., el 31 de octubre de 2006, donde actualmente continúa afiliado, 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.

Finalmente, sobre la inconformidad de la demandada COLPENSIONES, 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 confirmarse.

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,

¹ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

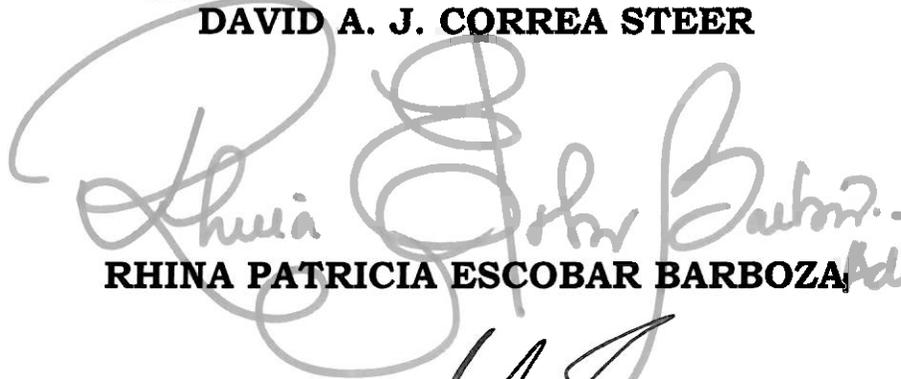
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

*Adm. de
rota.*



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	MARÍA EUGENIA VÁSQUEZ MENDOZA
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105021201900559-01
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 **OLGA PATRICIA CORREDOR BARRERA** en contra de **COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 022 2018 00343 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 3 de julio de 2020, por el Juzgado 22 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 régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que no se le asesoró, ni se le informó claramente por parte de PORVENIR S.A., qué le era lesivo y qué le beneficiaba con respecto al cambio de régimen pensional; que lo anterior, conlleva su regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a esta última, todos los valores que hubiese recibido con motivo de dicha afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses.

Consecuencialmente, ordenar a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores y tener como su afiliada a la aquí demandante, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita. (f.° 33).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de octubre de 1970; realizó aportes al extinto I.S.S. hasta principios de 1995, cotizando un total de 261 semanas, momento en el que fue visitada por asesores de PORVENIR S.A., quienes le brindaron una mesada más alta al momento de su pensión de vejez; que el 1.° de marzo de 1995, se trasladó a PORVENIR S.A., el 16 de abril de 2018, solicitó un estudio pensional a esta A.F.P. y la misma respondió el 24 de abril de 2018, informando que la pensión ascendería a la suma de \$945.600; que dicho valor es mucho menor a lo que recibiría por Colpensiones.

Señaló, que reclamó administrativamente a COLPENSIONES, solicitando el traslado, en cumplimiento del artículo 6.º del Código Procesal Laboral, pero la petición fue negada por esta entidad, el día 20 de septiembre de 2019. (f.º 34-35).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 19 de octubre de 2018, ordenándose la correspondiente subsanación en el término de cinco días. (f.º 47). Posteriormente, se admitió la demanda el 13 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 74).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error (falta de deber de información), por parte de la A.F.P. PORVENIR S.A., o de que se está en presencia de algún un vicio de consentimiento (error, fuerza o dolo).

Propuso como excepciones de merito las 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 y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda con fundamento en que las afiliaciones y/o vinculaciones, se dan en un marco de información integral y comparativa entre regímenes, dejando la toma de decisiones única y exclusivamente en cabeza del afiliado, quien recibió numerosas asesorías en temas pensionales, lo que evidencia un cumplimiento al deber de información.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (f.° 122 - 130).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de julio de 2020, declaró la nulidad del traslado de la demandante al R.A.I.S., que en su caso administra PORVENIR S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenó en costas a PORVENIR S.A., y concedió recurso de apelación , y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. (f.° 157-158).

En lo que interesa a la alzada, sobre la ineficacia del traslado al R.A.I.S., consideró que de acuerdo como lo ha indicado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre del año 2011, radicado 33083, del 3 de septiembre de 2014, radicado 46922, del 18 de octubre de 2017 SL 17595, y en la más reciente la SL 1452 del 3 de abril de 2019, radicado 68852, las A.F.P. son las encargadas de suministrar la información a sus afiliados, esta última, indicó que desde su

fundación las administradoras de pensión ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir un juicio claro y objetivo de las mejores opciones del mercado.

Manifestó, que la firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones como “la afiliación se hace libre y voluntaria” u otro tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. De esa manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por lo anterior, consideró que de acuerdo con las pruebas documentales y lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte, la parte demandada PORVENIR S.A., no acreditó que efectivamente en 1995, le hubiese brindado a la demandante una información clara, oportuna y suficiente respecto al régimen de pensiones al cual se encontraría afiliada, sumado a que la firma del formulario de afiliación, así como las afirmaciones consignadas en formatos pre-impresos de los fondos referentes a la libertad y voluntariedad con la que se hace la afiliación a lo sumo acreditarían consentimiento, pero no son suficientes para demostrar el cumplimiento del deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

Indicó, que la demandante tuvo su plena voluntad de permanecer en el R.A.I.S., dichos actos fueron la suscripción del formulario de afiliación, pago de las debidas cotizaciones adicionalmente el no haber realizado el traslado de régimen en su momento, ahora con respecto al deber de informar en virtud del principio de igualdad dicha obligación también recae sobre el afiliado que también es conocedor de su situación particular y concreta, sus expectativas laborales, que en última son las que le permitirán acceder a un mejor derecho pensional, situación pues que se escapa de conocimiento de las A.F.P.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, no se considera que sea pertinente, ya que estas sumas fueron invertidas en la forma exigida por la ley, y no se encuentran en poder de la demandada, ya que fueron destinados a cubrir todos los gastos que implicaba la correcta administración de sus recursos aportados a la cuenta individual de la demandante.

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que la aquí demandante hizo uso de su derecho descrito en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido presión o coacción alguna, en su decisión de afiliarse a PORVENIR S.A., ya que tal decisión la tomo de manera voluntaria; sin embargo, incluso manifiesta la demandante que se encontraba en un muy buen fondo, y que consideraba que su pensión sería conforme a sus expectativas.

Manifestó, que se debe tener en cuenta que para el momento de la oportunidad en la que solicito su traslado, de “retorno a régimen de prima media”, la demandante lo realizó solo hasta el año 2018, cuando ya contaba con 48 años de edad, y por tanto, se encontraba dentro de la prohibición descrita en el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003; además, se encontraría también prescrita la oportunidad para

realizar su solicitud de retorno a régimen de prima media con base en lo dispuesto en los artículos 488 y 151 del Código Sustantivo del Trabajo y el Código Procesal del Trabajo; así mismo, se encuentra dentro de la prohibición descrita en el artículo 1750 del Código Civil para solicitar la rescisión del contrato, toda vez que su afiliación es un contrato, y por ende, es un acto jurídico sujeto a prescripción, de acuerdo a la línea jurisprudencial de la corte suprema de justicia en sentencia SL 1689 de 2019, con radicación 65791 de 2019.

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.° 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 demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 30 de octubre de 1970 (f. ° 4); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 03 de agosto de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1994, 261.29 semanas (f. ° 15-16, 147); **iii)** que el 21 de marzo 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.° de abril de 1995 (f.° 132 y 133), donde actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1.177 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa a folios 16 a 25; 57-68.

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, que el 21 de marzo 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 abril de 1995 (f.º 132 y 133), donde actualmente se encuentra vinculada, 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. (...)”¹

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

¹ 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.”²

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.”

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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»³, 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. PORVENIR S.A. el 21 de marzo de 1995, con fecha de efectividad desde 1.º de abril de 1995, 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

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

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 3 de julio de 2020, por el Juzgado 22 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,



DAVID A. J. CORREA STEER

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA *Admonición de vts*

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

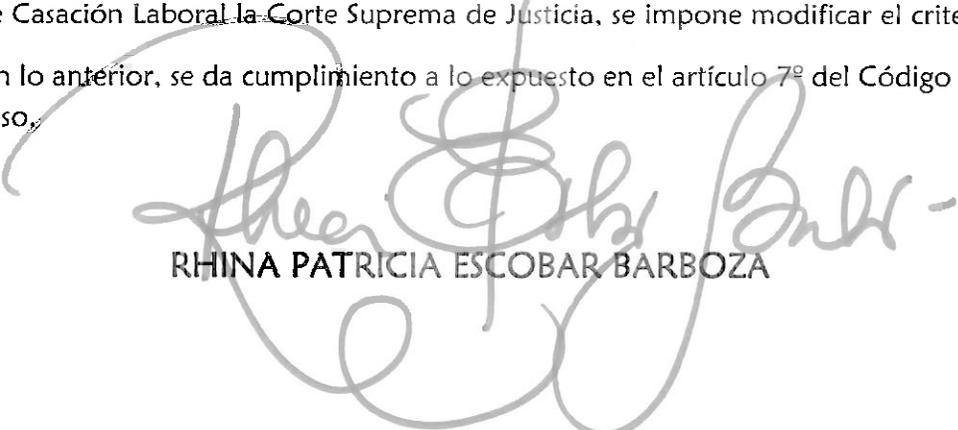
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

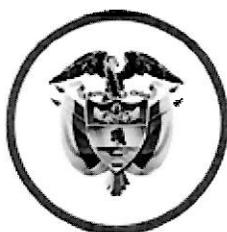
Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	OLGA PATRICIA CORREDOR BARRERA
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105022201800343-01
Magistrado Ponente:	DAVID A.J. CORREA STEER

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 **SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A.** en contra de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

EXP. 11001 31 05 023 2014 00138 01.

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

En la fecha arriba 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 los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

La Sala, se abstiene de reconocer a la Abogada DIANA PAOLA CARO FORERO, como apoderada judicial de Positiva S.A., en la medida en que el poder otorgado no fue acompañado por un documento idóneo del cual se desprenda la autorización de la Gerente Jurídica, para otorgar esta clase de mandato, ni su condición de apoderada general de la mencionada compañía.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la aseguradora demandante, que se declare que Positiva Compañía de Seguros S.A., asumió los riesgos profesionales de accidentes y enfermedad de Adolfo Sánchez Estrada, por el periodo comprendido entre agosto de 1997 y el 31 de octubre de 2002, período en el que estuvo expuesto al riesgo ocupacional que le produjo las patologías profesionales que padece, por lo que Positiva S.A., se encuentra obligada a efectuar el reembolso a la A.R.L. Colpatria, del valor de las prestaciones asistenciales y económicas a prorrata, porción o porcentaje del tiempo de exposición durante el cual Adolfo Sánchez, estuvo afiliado a Positiva S.A., esto es, por el 67.28% o en subsidio, el porcentaje que se establezca en el curso del proceso.

En consecuencia, se condene a la demandada al pago de las prestaciones asistenciales brindadas por A.R.L. Colpatria a Adolfo Sánchez, las incapacidades temporales reconocidas y pagadas, las mesadas pensionales causadas y pagadas hasta enero de 2014, y las que en lo sucesivo se continúen causando hasta la fecha en que se produzca el pago, más \$127.551.399, a título de reserva constituida por A.R.L. Colpatria; a enero de 2014, para atender el pago de la pensión de invalidez por la enfermedad profesional de Adolfo Sánchez Estrada, junto con los reajustes respectivos, la indexación de las sumas adeudadas, y los intereses moratorios a la tasa máxima

autorizada legalmente, liquidados por el período que transcurra entre la fecha en que se formuló la solicitud de reembolso y cuando se verifique el pago de la obligación (f.º 88).

Como fundamento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que Adolfo Sánchez Estrada, estuvo vinculado laboralmente con las empresas Flota de Lujo, Vehitrans y Transportes Montero S.A., como conductor durante 13 años, por tanto, estuvo expuesto a riesgos físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales y mecánicos en el ejercicio del referido cargo; durante dicho tiempo, estuvo afiliado al sistema de riesgos profesionales del extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Positiva Compañía de Seguros S.A.; en dicha época sufrió hernia discal operada con secuelas clínicas y electromiográficas severas, tuvo restricción de movimientos región dorsolumbar, trastorno somatomorfo, radiculopatía L5 izquierda, hipertensión controlada y su pierna derecha 0.3 cm. más corta.

Argumentó, que el Instituto de Seguros Sociales acudió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, Cartagena, quien emitió el 25 de julio de 2003, dictamen calificación sobre las patologías de Adolfo Sánchez Estrada #281703, en el cual señaló que las patologías eran de origen profesional, y estableció un 55.38% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración al 23 de enero de 2003. Posteriormente, el 1.º de noviembre de 2002, Adolfo Sánchez fue afiliado a la ARL Colpatria, por cuenta del empleador Transportes Montero S.A., de manera que, entre la fecha de afiliación y la fecha de estructuración de la invalidez transcurrieron 2 meses y 20 días.

Manifestó, que Adolfo Sánchez Estrada solicitó a Seguros de Vida Colpatria S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de

invalidez, la cual fue rechazada por la entidad, así como el dictamen mencionado, originándose un proceso judicial promovido por el afiliado en su contra, ante el Juzgado 1.º Laboral del Circuito de Cartagena, quien profirió sentencia el 17 de noviembre de 2010, mediante la cual fue condenada a pagarle la pensión de invalidez de origen profesional a partir del 23 de enero de 2003, en donde se acogió en su totalidad el dictamen en mención, por lo que la A.R.L. Colpatria, dispuso el pago de la mencionada prestación.

Agregó, que Adolfo Sánchez Estrada interpuso una acción de tutela en su contra, ante el Juzgado 4.º Civil del mismo Circuito Judicial, en la que mediante fallo confirmado por la Sala de Decisión Civil y de Familia del Tribunal de Cartagena, se tutelaron los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y mínimo vital, y como consecuencia de ello, le ordenó el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas por las patologías que se presentaron durante el período de cobertura que tuvo con la A.R.L. del extinto I.S.S.; razón por la que la A.R.L. Colpatria tuvo que pagar \$164.241.665 por prestaciones asistenciales, \$6.897.520 por incapacidades temporales, \$464.561.547 por mesadas pensionales hasta enero de 2014, y constituyó una reserva para la atención de la pensión de invalidez de \$127.551.399.

Finamente, adujo que de conformidad con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, el periodo de exposición al riesgo profesional de Adolfo Sánchez Estrada fue de 228 meses; sin embargo, 156 meses correspondieron al tiempo en el que estuvo vinculado en riesgos laborales con el extinto I.S.S., hoy Positiva Compañía de Seguros S.A., por lo que Seguros de Vida Colpatria solicitó a esta última el reembolso y pago de las prestaciones reconocidas al señor Sánchez Estrada, la cual fue respondida negativamente el 17 de diciembre de 2013, con el

argumento de que Positiva S.A. no fue parte del proceso ventilado ante el Juzgado 1.º Laboral del Circuito de Cartagena (f.º 80-87).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 10 de abril de 2014, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 97), quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas, bajo el argumento de que la entidad demandante no controvertió el dictamen proferido el 23 de octubre de 2003, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, por lo que debió asumir el pago de las prestaciones asistenciales (servicios médicos) y económicas derivadas del mismo, e incapacidades temporales, aunado a que tales acreencias la demandante las reconoció a partir del fallo de tutela del 2 de mayo de 2005.

Agregó, que la pensión de invalidez solamente fue reconocida y pagada a Adolfo Sánchez Estrada, por la orden judicial contenida en la sentencia del 17 de noviembre de 2010 emitida por el Juzgado 1.º Laboral del Circuito de Cartagena. En su defensa, propuso como excepción mixta la de prescripción de las prestaciones y de la acción labora, y como excepción de fondo la de enriquecimiento sin causa (f.º 115-125, 131-142).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de enero de 2020, declaró que la demandada Positiva Compañía de Seguros S.A., es responsable del 84.04% de las prestaciones económicas reconocidas por Seguros de Vida Colpatria S.A. al pensionado Adolfo Sánchez Estrada; en consecuencia, condenó a Positiva S.A. a pagar a la aseguradora demandante, las

mesadas pensionales que ascienden a \$80'570.000, a título de reembolso de las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad laboral que padece el pensionado, más la indexación de dicho valor desde su reclamación efectuada el 25 de febrero de 2013, hasta el momento de su pago, con el pago del porcentaje correspondiente de las mesadas que se causen a futuro; así como al pago de \$119'705.793, por la reserva matemática para atender el pago de la pensión de invalidez, con la indexación respectiva desde el 25 de febrero de 2013, hasta cuando efectúe el pago, más las costas procesales; la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra y declaró no probadas las excepciones propuestas (f.º 386-388).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La aseguradora demandante, manifestó su desacuerdo en relación con el no reconocimiento de las prestaciones asistenciales, porque la Ley 776 de 2002, contiene una clara disposición que autoriza a las administradoras de riesgos laborales a reclamar el reembolso a las anteriores administradoras que han asumido el riesgo para el reconocimiento de prestaciones asistenciales, lo cual no fue tenido en cuenta.

Argumentó, frente al puntaje de reembolso, que se estableció que el período en que Adolfo Sánchez Estrada estuvo afiliado con la A.R.L. Colpatria, fue un periodo que transcurrió eminentemente en tiempos de incapacidad, por tanto, no tuvo exposición a riesgo alguno porque no estaba laborando, por ende, el reembolso debió haber sido la totalidad del 100%.

Por último, en relación con los intereses moratorios, señaló que existen conceptos doctrinales y jurisprudenciales que establecen una

diferencia entre la indexación y ellos (intereses moratorios), donde estos últimos que deben ser otorgados, dado que la entidad demandada incurrió en omisión respecto del reconocimiento de las prestaciones y de las obligaciones que tenían a su cargo, por tanto, no basta una simple indexación, sino la imposición de intereses comerciales moratorios.

Positiva Compañía de Seguros S.A., argumentó en relación con las mesadas pensionales, que en el parágrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley 776 de 1994, se especifica que en el caso de las enfermedades profesionales la pensión la reconocerá la A.R.L. al momento de requerir tal prestación cuando nació el derecho, y en el caso de Adolfo Sánchez Estrada, ello ocurrió el 23 de enero de 2003, fecha en la cual no se encontraba afiliado a Positiva S.A., por lo que dicha prestación debe ser reconocida por la A.R.L. a la que se encontraba adscrito al momento de requerir tal prestación.

Dijo respecto de la reserva matemática, que no debió haber sido tenido en cuenta el dictamen aportado, ya que los mismos peritos manifestaron que estaba incompleto y tenía deficiencias, y que no pudieron hacer un estudio total porque había ausencias, fallas, inconsistencias, ya que algunas facturas y desembolsos no estaban debidamente legalizados, de modo que, los peritos no estuvieron lo suficientemente documentados, para concluir una suma para ser cobrada a Positiva.

Finalmente, refirió que las sumas que fueron reconocidas fueron indexadas por el despacho que profirió condena el 17 de noviembre de 2010, por lo que considera que se estaría haciendo una doble indexación de sumas, que no debe ser asumida por Positiva; en todo caso, la indexación resulta excluyente con los intereses moratorios.

V. CONSIDERACIONES

Con estricto apego a lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuestiones de método, la Sala verificará **i)** si Positiva A.R.L. debe responder o no, por algún pago relacionado con el reconocimiento de la pensión de invalidez de Adolfo Sánchez Estrada, y si en ello influye, el hecho de que para el 23 de enero de 2003, no se encontraba afiliado a Positiva S.A.; **ii)** de ser así, cuál es el puntaje de reembolso que se debe establecer a su cargo, y si el mismo depende de que el pensionado haya estado incapacitado; **iii)** si para efectos de la condena relacionada con la reserva matemática, era viable tener en cuenta el dictamen aportado; **iv)** si hay lugar al reconocimiento de las prestaciones asistenciales; y **v)** la viabilidad en el reconocimiento de los intereses moratorios, y la indexación.

Prevé el artículo 2.º de la Ley 1562 de 2012, que son afiliados obligatorios a riesgos laborales los trabajadores dependientes, los servidores públicos y las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a un mes; de ahí que, la cobertura dentro del sistema se inicia desde el día calendario siguiente a la afiliación (literal k. del artículo 4.º del Decreto 1295 de 1994), la cual incluye la prestación de los servicios asistenciales requeridos y el reconocimiento de las prestaciones económicas (artículo 34 del Decreto 1295 de 1994), por parte de la A.R.L. a la que se encuentre afiliado el trabajador al momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad, al momento de requerir la atención (parágrafo 2.º del artículo 1.º Ley 776 de 2002).

También, establece que cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las

prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador, de haber tenido períodos sin cobertura; y que para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.

Ahora bien, en lo que respecta al reembolso de prestaciones derivadas de la enfermedad laboral, el artículo 5.° del Decreto 1771 de 1994, compilado en el artículo 2.2.4.4.5 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, consagra que serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos laborales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación; y que la A.R.L. que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad; así mismo, la A.R.L. que asuma las prestaciones económicas, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la pensión de invalidez o de sobrevivientes.

Conforme lo anterior, es claro que la A.R.L. que responde por el pago de las prestaciones, puede repetir *«en la misma proporción del tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras»*, por lo que el factor para determinar la proporción no es otro que el tiempo de exposición al riesgo, de modo que, se

considera que le asiste razón al *a quo* al tener como elemento determinante y objetivo para establecer las fechas de cobertura para cada entidad administradora, la fecha de estructuración de cada una de las enfermedades de los respectivos afiliados, en la medida que si el riesgo fue asumido por otra entidad aseguradora en razón de una nueva afiliación, cada entidad debe responder de forma proporcional por el tiempo que perduró la afiliación, pues recuérdese que cada una responde a prorrata por el tiempo durante el cual otorgaron dicha protección.

Lo anterior, guarda concordancia con lo que establecía el inciso 3.º del artículo 8.º del Decreto 1530 de 1996, que señala que en caso de que la enfermedad profesional se diagnostique con posterioridad a la desvinculación laboral del trabajador, la A.R.L. que cubrió el riesgo podrá repetir para efectos del reembolso contra las anteriores administradoras a las cuales cotizó a prorrata en los términos del artículo 5.º anotado, y el parágrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley 776 de 2002.

En el presente caso, al afiliado Adolfo Sánchez Estrada, le fue reconocida la pensión de invalidez de origen profesional a partir del 23 de enero de 2003, en cuantía de un S.M.ML.V., y a cargo de Seguros de Vida Colpatria S.A., por parte del Juez Adjunto al Juzgado 1.º Laboral del Circuito de Cartagena, Bolívar, mediante sentencia proferida el 17 de noviembre de 2010 (f.º 24-39), en la que para tal efecto, se tuvo en cuenta que en el dictamen n.º 281/03 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, se estableció que sus enfermedades son de origen laboral y le dieron un 55.38% de P.C.L. (f.º 20-23).

Aun cuando no obra constancia de las fechas de afiliación exacta de Adolfo Sánchez a la A.R.L. Positiva, reposa de f.º 127 a 129,

la relación de aportes efectuados en nombre del mencionado afiliado hoy pensionado, ante la A.R.L. Positiva, donde consta que se efectuaron cotizaciones para riesgos laborales por los distintos empleadores para los siguientes períodos: marzo de 1995, septiembre a noviembre de 1995, septiembre de 1997 a abril de 1999, abril de 2000 a octubre de 2002 y abril de 2003.

Además, obra a f.º 170 formulario de afiliación a riesgos laborales del extinto I.S.S., con fecha de radicación de septiembre de 1998, bajo la razón social de Transportes Flota de Lujo S.C.A., empresa para la cual, el mencionado afiliado prestó servicios como conductor.

Del reseñado dictamen, se verifica que para llegar a la conclusión de que las enfermedades padecidas por el afiliado son de carácter profesional, y tienen una fecha de estructuración de la invalidez del 23 de enero de 2003, se evaluaron exámenes e interconsultas efectuadas entre el 12 de agosto de 1996 y el 23 de enero de 2003, dentro de las cuales se encuentran 2 remisiones a medicina laboral del I.S.S. hechas en enero de 2003, con las que se obtuvo como resultado, que el síndrome doloroso lumbar crónico tenía 6 años de evolución.

De manera que, como durante el tiempo en que el entonces afiliado Adolfo Sánchez Estrada estuvo expuesto al riesgo, según la mencionada pericia que se encuentra en firme y sin ser debidamente controvertida, fue atendido por la A.R.L. Positiva, antes del I.S.S., no resulta equivocada la conclusión a la que arribó el *a quo*, relacionada con la obligación que tiene la mencionada administradora de riesgos laborales de reconocer y pagar las prestaciones derivadas de las enfermedades laborales, en proporción al tiempo en el que estuvo expuesto el afiliado al riesgo, mientras estuvo afiliado a dicha A.R.L.,

es decir, de septiembre de 1997 a abril de 1999, y entre abril de 2000 y octubre de 2002, al tenor de lo dispuesto en la normativa a la que se ha hecho mención.

De ahí, su correspondiente deber de reembolsar a la A.R.L. Colpatria, máxime cuando de f.º 52 a 57, obra constancia de que la sociedad demandante cubrió el pago de la pensión de invalidez, en cumplimiento de la orden judicial dada por el Juzgado 1.º Laboral del Circuito de Cartagena, Bolívar, lo cual se aportó con firma y huella de recibido por parte de Adolfo Sánchez Estrada.

Ahora bien, en relación con el porcentaje del reembolso, debe indicar la Sala que la solicitud que ahora efectúa la A.R.L. demandante, en su recurso de apelación, con el fin de que se aumente al 100% el cubrimiento a cargo de la A.R.L. Positiva, debe indicar la Sala que no es procedente tal solicitud, en la medida en que no resulta viable modificar las pretensiones en este punto del trámite procesal, pues ello, iría en contra de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción de los que es titular la entidad demandada.

Aunado a lo anterior, en los albores de la demanda, se solicitó el reconocimiento del 67.28% de las prestaciones respectivas, mientras que el *a quo* en uso de sus facultades *ultra y extra petita*, otorgó en su favor el 84.04% de las prestaciones económicas reconocidas por Seguros de Vida Colpatria S.A. al mencionado pensionado; facultades que no están permitidas para esta Colegiatura, conforme lo establece el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL8716-2014). Motivo por el cual, se **CONFIRMA** lo decidido por el *a quo*, más aún cuando no aparece demostrado que sea Positiva ARL, quien deba responder por el 100% de la Pensión de Invalidez.

Respecto del dictamen presentado por las peritos actuario y contable asignadas por la Superintendencia Financiera a través de las Resoluciones n.º 436 de 2016 y 249 de 2019 (f.º 289, 354, 355), que obra de f.º 256 a 361, complementado en los términos visibles de f.º 366 a 370, y explicado en la audiencia celebrada el 28 de noviembre de 2019 (f.º 383, 384), se debe indicar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido sobre la valoración probatoria de un dictamen, que *«uno de los requisitos que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos sobre que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esta condición, dentro de la autonomía que le es propia, no obstante que el dictamen no haya sido materia de tacha u objeción de las partes en el traslado correspondiente»* (CSJ SC, 2 ago. 2006 rad. 6192).

En el presente caso, encuentra la Sala que en lo relacionado con la reserva matemática, ninguna de las partes logró controvertir en forma idónea al tenor de lo dispuesto en el artículo 228 del Código General del Proceso, lo concluido por la perito actuario, frente a que ascendía a \$119.705.793 a 31 de diciembre de 2016; por el contrario, el dictamen, así como su explicación dentro de audiencia, fue claro, preciso, exhaustivo, detallado y se explicaron los métodos usados, así como los fundamentos técnicos de sus conclusiones.

Así las cosas, no encuentra la Sala fundamentos fácticos, jurídicos, ni técnicos, para modificar la decisión del *a quo* frente a la imposición del porcentaje correspondiente al pago de la reserva actuarial, máxime cuando frente a este preciso aspecto, la pericia no se encuentra incompleta, ni con las deficiencias aducidas, por cuanto la perito actuario señaló en su declaración que tales insuficiencias *«se refería más a la parte contable, como a la parte de los pagos, realmente en la parte de los cálculos de reserva matemática, no afecta»*, y en el presente caso, el *a quo* solo tuvo en cuenta ese dictamen con el fin de imponer la condena

por la mencionada reserva. En consecuencia, en este punto se **CONFIRMA** lo así decidido.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el pago de las prestaciones asistenciales que reclama la parte demandante, ha de advertir la Sala de un lado que, de conformidad con el artículo 5.º del Decreto 1771 de 1994, compilado en el artículo 2.2.4.4.5 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, establece que los reembolsos, pueden ser solicitados por la entidad administradora de riesgos laborales que asuma las «prestaciones económicas», empero no aduce nada en relación con las prestaciones asistenciales.

De otro lado, no existe material probatorio suficiente con el cual se pueda concluir que el listado de prestaciones asistenciales aparentemente pagadas entre mayo de 2004 y mayo de 2013, que reposan de f.º 58 a 67, tengan directa relación con las enfermedades profesionales que padece Adolfo Sánchez Estrada, y que fueron objeto de calificación por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar; aunado a que a pesar de los múltiples requerimientos efectuados entre abril de 2016 y marzo de 2019, por la Superintendencia Financiera de Colombia, para efectos de emitir un concepto completo, la A.R.L. Colpatria, no mostró su interés en entregar a cabalidad las pruebas allí solicitadas, de ahí que la mencionada Superintendencia tuviera que archivar en varias ocasiones la solicitud de pericia (f.º 178-181, 186-194, 205, 227, 235, 239, 242-245, 248-253, 255-261, 276-307, 310-315, 323-333, 344-350, 353-355).

Adicional a lo anterior, la perito contable indicó en su declaración que dentro de las conclusiones a las que llegó, justamente por no contar con los documentos en forma completa, no logró determinar si los medicamentos facturados en los documentos

que alcanzaron a ser enviados, correspondían a la patología laboral del mencionado afiliado; así que si bien, se pudo establecer el pago y entrega de insumos y medicamentos, la verdad es que la Sala no tiene certeza del nexo causal, es decir, que los mismos hubieran sido necesitados por Adolfo Sánchez Estrada, para efectos de sobrellevar las estrictas patologías por las que ahora recibe la pensión de invalidez; máxime cuando de la historia clínica que reposa de f.º 213 a 226, se constata que el señor Sánchez Estrada, padece de otras enfermedades que son totalmente ajenas a los diagnósticos estudiados por la Junta de Calificación de Invalidez.

Con base en lo anterior, se **CONFIRMA** la absolución impartida respecto de las prestaciones asistenciales de las cuales reclama su reembolso la A.R.L. Colpatria.

Finalmente, en lo que tiene que ver con los intereses, el parágrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley 776 de 2002, señala que las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los 2 meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento; y que vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora.

Sin embargo, considera la Sala que no es viable imponer los réditos reclamados, en la medida en que si bien de f.º 69 a 72, la A.R.L. Colpatria solicitó el 25 de febrero de 2013, a Positiva, el reembolso de las mesadas pensionales pagadas a noviembre de 2012,

esta última no accedió a ello, bajo el pleno convencimiento de que no era la obligada en el pago de tales acreencias, dado que no hizo parte del proceso que cursó ante el Juzgado 1.º Laboral del Circuito de Cartagena, mediante el cual, se le ordenó a la A.R.L. Colpatria, conforme da cuenta la respuesta del 17 de diciembre de 2013 (f.º 72).

Por lo anterior, era dable ordenar la indexación de las mesadas ordenadas reembolsar, al ser un mecanismo que busca evitar la pérdida del poder adquisitivo por el fenómeno de la depreciación de la moneda (CSJ SL, 14 ago. 2012 rad. 41522).

En los anteriores términos, quedan resueltos los recursos interpuestos por las partes, que dan lugar a **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia de primera instancia. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 28 de enero de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

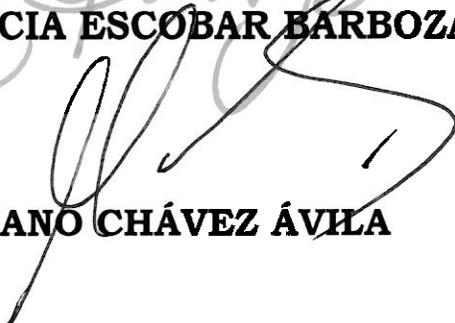
Los Magistrados,



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 **RUBEN DARIO ACOSTA GONZALEZ** contra **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 023 2019 00437 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 17 de junio de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que no se le asesoró, ni se le comunicó claramente por parte de PORVENIR S.A., qué le era lesivo y qué le beneficiaba con respecto al cambio de régimen pensional; que lo anterior, conlleva su regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; y en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a esta última, todos los valores que hubiese recibido con motivo de dicha afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Artículo 1746 del Código Civil.

Consecuencialmente, ordenar a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores y tener como su afiliado al aquí demandante, que se condene al pago de las costas procesales, gastos y agencias en Derecho a las demandadas. (f.º 2-3).

Para el efecto, manifestó que nació el 10 de mayo de 1957; contando actualmente con 62 años de edad; que laboró para entidades privadas desde 1986 a la fecha; que se afilió, al I.S.S. desde 1986 cotizando un total de 513 semanas; que en el mes de noviembre de 2002, estando como funcionario de la E.T.B., se trasladó al régimen de ahorro Individual con Solidaridad, Fondo PORVENIR S.A.; que mediante promesas y mentiras, no le informaron de las ventajas y desventajas de aliarse a este régimen, ni generó una comparación entre uno y otro régimen pensional, en cuanto a la edad, el cambio de la mesada pensional, y el manejo de rendimientos financieros más comisiones; que no se le informó que modalidad de pensión iba a recibir; que PORVENIR S.A., no tramitó ni le informó lo previsto en la

Ley 797 de 2003, y el Decreto 3800 de 2003; la posibilidad de trasladarse al régimen de prima media con prestación definida a los afiliados que les faltaren menos de 10 años para llegar a la edad de pensión de vejez.

Manifestó, que la oferta hecha por PORVENIR S.A. para la afiliación se basó en que en el R.A.I.S. podría obtener una mesada pensional de mayor valor a la que reconocía el R.P.M.; además, tampoco se le hizo una proyección del monto de la pensión que recibiría cuando cumpliera requisitos, con el fin de que pudiese escoger entre ambos regímenes; finalmente, no se le informó que podía hacer uso del retracto del traslado de régimen.

Señaló, que reclamó administrativamente a COLPENSIONES solicitando la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada por esta entidad, el día 26 de junio de 2019, mediante oficio 2019-8481973-19747476 argumentando que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse. (f.º 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de agosto de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 49).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante actuó de manera libre, espontánea y voluntaria a la afiliación realizada por PORVENIR S.A., ya que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe la norma, razón por la cual, no es procedente tal declaratoria y no puede realizarse un retorno automático de la demandante al R.P.M (f.º 64).

Propuso como excepciones las denominadas 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 a un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, innominada o genérica. (f.º 72 - 74).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, puesto que la afiliación de la parte demandante fue una decisión libre de presiones o engaños. Indicó, que la parte actora se encuentra válidamente afiliada al R.A.I.S. y está inmersa en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, razón por la cual no es procedente el traslado deprecado. Propuso como excepciones de mérito, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y excepción genérica. (f.º 87-105).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 55).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 laboral del circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 17 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al R.A.I.S., que en su caso administra PORVENIR S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes recibidos de la demandante junto con los intereses, rendimientos y demás frutos civiles, sin que fuese posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros; ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el R.P.M.;

condenó en costas a PORVENIR S.A. y concedió recurso de apelación a la demandadas y el grado de consulta a favor de COLPENSIONES.

En lo que interesa a la alzada, consideró que de acuerdo como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en sentencia de 2008, radicación 31989, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, en este tipo de procesos donde se pretende la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, se debe verificar si el fondo privado efectivamente suministró la información suficiente, completa y veraz, que permitiera al potencial afiliado la toma de una decisión informada, autónoma y consciente; lo cual no se acreditó en este proceso por PORVENIR S.A., quien era el sujeto procesal con la carga para hacerlo, puesto que además, sobre él recaía el deber de informar al afiliado las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos que implicaba el traslado de régimen y a su vez los beneficios que obtendría, lo que tampoco no fue acreditado en este caso.

Profundizó respecto del deber de información de las A.F.P., señalando los criterios en las sentencias SL 12136 de 2014, SL 19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018, SL 1452 de 2019, donde se señaló que este ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual debe analizarse el momento histórico en el que se realizó la correspondiente afiliación, esto con el fin de establecer las obligaciones de la entidad demandada, toda vez que las A.F.P. desde su creación tendían el deber de brindar la información completa a sus afiliados, a fin de que éstos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, lo cual, con el transcurrir del tiempo se intensificó, al acumularse más obligaciones, pasar de un deber de obligación necesaria, al de asesoría y buen consejo, y finalmente, al de doble asesoría, lo cual consecuentemente, genera en los jueces la necesidad de evaluar el cumplimiento del deber de información de las A.F.P., de acuerdo con

el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que éste siempre ha existido.

Por lo anterior, consideró que de acuerdo con las pruebas documentales y lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte, la parte demandada PORVENIR S.A. no acreditó que efectivamente en 2002 le hubiese brindado a la demandante una información clara, cierta, comprensible, oportuna, condiciones, beneficios y suficiente respecto al régimen de pensiones al cual se encontraría afiliada, sumado a que la firma del formulario de afiliación, así como las afirmaciones consignadas en formatos preimpresos de los fondos referentes a la libertad y voluntariedad con la que se hace la afiliación a lo sumo acreditarían consentimiento, pero no son suficientes para demostrar el cumplimiento del deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., apeló con el argumento que últimamente hay sentencias que han manifestado que el hecho de que el demandante esté o no esté en transición, no conlleva a que se pueda efectuar esta ineficacia o declarar la nulidad de la afiliación. Consideró, que es importante efectuar un precedente de una línea jurisprudencial reiterada que verse frente a aspectos facticos similares, es decir, que se esté hablando de personas que no sean beneficiarias del régimen de transición y hasta el momento esto no se ha abordado por la sala laboral.

Manifestó además, que en los casos de personas beneficiarias de un régimen de transición, la Corte realiza una inversión de la carga de la prueba donde se le atañe más a los fondos de pensiones ese deber de información, el cual no puede aplicarse al caso precedente porque estaríamos descontextualizando el caso del demandante

cuando al momento de trasladarse de régimen le faltaba todo un periodo considerable para alcanzar su derecho pensional, y donde no se podía evidenciar perjuicio alguno al momento de trasladarse de régimen, y mucho menos tenía una expectativa legítima, porque la misma Corte Constitucional ha precisado que es una expectativa legítima referente al monto de las mesadas pensionales.

Indicó, que frente al monto y a la edad, en ese momento, en el año 2002, lo que se consideraba era claramente una voluntad propia que tenía el afiliado o el ciudadano para hacer un traslado de régimen con entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y así lo efectuó el demandante.

Expresó, que el demandante en su condición de abogado tenía plenos conocimientos de aspectos jurídicos de la naturaleza de un acto jurídico, y que como consumidor financiero podía documentarse de la mejor manera sobre el cambio de régimen, lo cual este deber de información no atañe solamente a la A.F.P., si no también frente a las decisiones del aquí peticionario, que no fue realmente una falta de información, sino que era el monto de su mesada pensional, que no es más que una falta de cuidado referente a su situación pensional.

Respecto a la condena de emolumentos, especialmente a lo que refiere a los gastos de administración, dice que aun cuando fue un aspecto que no fue mencionado en el escrito de la demanda, ni en la fijación del litigio, está desconociéndose la misma Ley 100 de 1993, cuando le dio la facultad a los fondos de pensiones propios del régimen de ahorro individual, generar esos cobros por la administración que se generaban a esas cuentas de ahorro individual.

COLPENSIONES, sostuvo en su recurso, que en el presente caso no existió elementos que evidenciaran vicios del consentimiento o

dolo pues no hay una expectativa legítima para el demandante, como quiera que a la hora del traslado el mismo contaba con menos de 750 semanas, y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez.

Manifestó, que se debe tener en cuenta la sentencia 2016-8701 del 17 enero del 2017, emitida por el Tribunal Superior de Pereira, la cual indicó que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la persona recibe en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que sea de recibir en R.A.I.S por sí sola, pues no constituye prueba de que cuando el demandante realizó el traslado, lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo, esto teniéndose en cuenta que el demandante en su interrogatorio de parte, manifestó que su inconformidad y su principal motivación para dicha demanda es que no está satisfecho con la mesada pensional que va a recibir por parte de la A.F.P.

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 por parte de las administradoras de pensiones demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 10 de mayo de 1957 (f.º 25); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 21 de julio de 1986 hasta el 30 de noviembre de 2002, 513 semanas (f.º 34,149); **iii)** que el 18 de noviembre de 2002, 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 2002 (f.º 26,107) donde actualmente se encuentra vinculada, con un total de 627 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa a folios 39 a 45.

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, el 18 de noviembre de 2002, 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 2002, conforme al formulario de afiliación allegado al proceso (f.º 26 y 107), 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. (...)”¹

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.

¹ CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ 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

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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”*³, 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. PORVENIR S.A. el 18 de noviembre de 2002, con fecha de efectividad desde 1.º de diciembre de 2002, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

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:

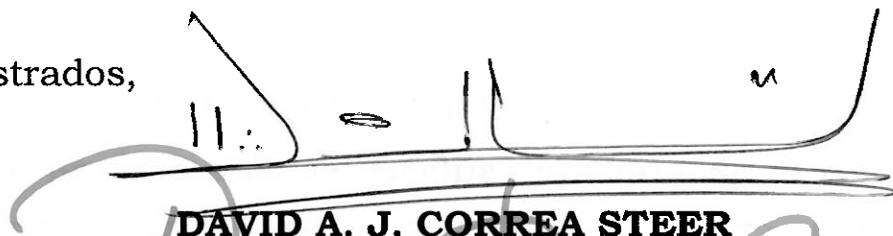
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de junio de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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.

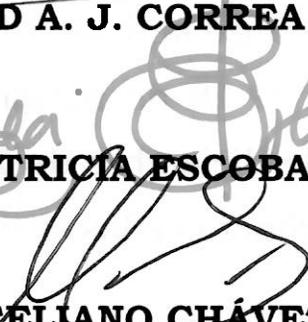
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

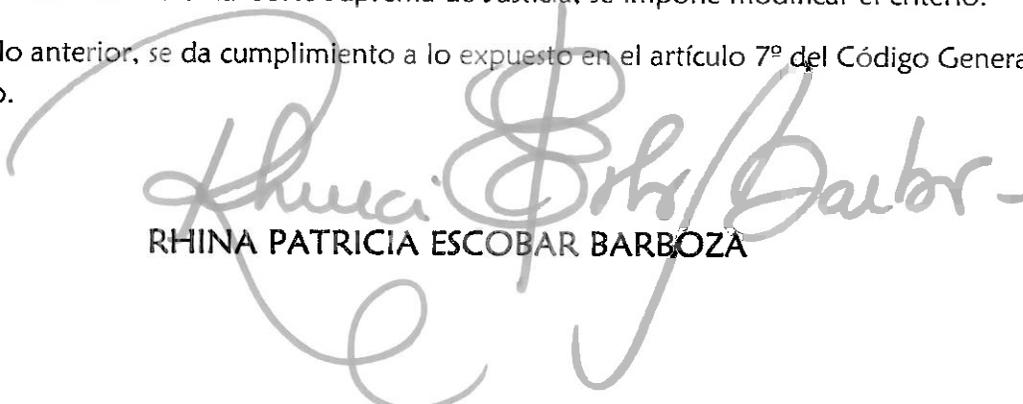
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	RUBÉN DARÍO ACOSTA GONZÁLEZ
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105023201900437-01
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 **MARLENY EUNICE ARIAS JIMENEZ** en contra de **COLPENSIONES, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**

EXP. 11001 31 05 026 2019 00584 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 y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 27 de julio de 2020, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a Old Mutual S.A., el 29 de Noviembre de 1995 a OLD Mutual S.A., quedando efectiva el 1.º de febrero de 1996, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa y promesas fraudulentas; en consecuencia, Colpensiones debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a OLD Mutual S.A, trasladar a Colpensiones, todos los aportes, junto con los rendimientos, intereses, gastos de administración y todo lo que se tenga a favor de la demandante.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 13 de agosto de 1960; realizó aportes en La Caja Distrital de Previsión, entre el 2.º de enero de 1989 y el 30 de enero de 1996, posteriormente los consignó en OLD Mutual S.A., que el 29 de Noviembre de 1995, se afilió a dicha entidad, con efectividad desde el 1.º de febrero de 1996, afirmó que el 2 de enero de 1996, radicó formulario de afiliación al I.S.S., no obtuvo respuesta de su afiliación a pesar de tener tutela donde obligan dar respuesta de fondo. Fue visitada por la asesora de OLD Mutual S.A, quien le informó que trasladándose al Régimen de ahorro individual con solidaridad se podía pensionar con el monto de pensión que ella quisiera, pero no le explicó que el monto de la mesada dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual, y nunca le dijo la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, igualmente, le informó que podía solicitar la devolución de sus aportes en cualquier momento, y por lo tanto, era posible trasladarse cuando ella quisiera a otras administradoras pensionales del sistema ya fuera a

Colpensiones o a cualquier régimen de ahorro individual. Así mismo, informa la demandante que la asesora de OLD Mutual S.A, la intimidó afirmándole que las administradoras de régimen de prima media desaparecerían por quiebra inminente, y que el riesgo que corría era la pérdida total de sus aportes.

Agregó, que la asesora de OLD Mutual S.A., nunca le efectuó una proyección de pensión, ni le indicó que su pensión también dependería de los beneficiarios que ella tuviera, tampoco le efectuó un comparativo entre regímenes pensionales para que tuviera la posibilidad de escoger lo mejor para ella. Omitió información importante, como el valor de la pensión definida no está sujeta al comportamiento de la economía y en mercado financiero, y que el régimen de ahorro individual con solidaridad, el monto acumulado por los afiliados si depende de este, y puede variar de forma desventajosa; adujo también, que en el régimen de ahorro individual todo depende del saldo que tenga en su cuenta individual, tampoco le informó que en el régimen de prima media con prestación definida, el afiliado no tiene una cuenta individual que tiene que proveer de capital, sino un número de semanas cotizadas donde lo que cuenta al momento de calcular la mesada pensional es el salario promedio de los últimos 10 años, OLD Mutual S.A., omitió información ya que la demandante presentaba una desmejora sustancial en su condición pensional, no se le ofreció, ni informó la posibilidad establecida en la Ley 797 de 2004, para aquellos afiliados que quisiera trasladarse nuevamente al régimen con prestación definida, sin limitación alguna, aprovechando en beneficio su propio silencio. (f.º 2 al 6)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 14 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas por la demandante, por carecer de fundamentos de derecho, sustento fáctico y legal, argumentó que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad. En su defensa, propuso como excepciones, prescripción, cobro de lo no debido y presunción de legalidad de los actos administrativos. (f.º 70 al 77)

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, en especial, a que se declare la nulidad del traslado realizado por la demandante, argumentó que si se brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad del cual venía afiliado, se le indicaron las diferencias entre el R.A.I.S. y el régimen de prima media con prestación definida, las ventajas y desventajas, y todo que conlleva.

En su defensa, propuso como excepciones, 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 92 al 114)

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de julio de 2020, declaró “ineficaz” el traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de noviembre de 1995, condenó a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, y condenó en costas a Old Mutual S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Argumentó, que el traslado ante OLD MUTUAL S.A., se dio con efectividad a partir del 1.º de febrero de 1996, de conformidad con la sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, radicado 46292, donde concluyó, que en este tipo de casos lo que debe analizarse es el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz, señaló la Corte, para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, y a su vez, los beneficios a que tiene derecho.

Adujo además, en torno a la ineficacia del traslado, que lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya citada, y a juicio de esta sala, no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia de que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho, en la expresión genérica que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron de una manera clara y suficientemente a la demandante, y establecer los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena declarar ineficacias de traslado (f.º

151).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

OLD MUTUAL S.A. apeló únicamente el numeral dos de la sentencia proferida por el Juzgado 26 laboral del circuito el día 27 de julio de 2020, donde argumentó que de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, que preceptúa las características del R.A.I.S., cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, donde los gastos de administración no hacen parte de los dineros que hacen parte para para el reconocimiento de las pensiones, resaltó que una parte de los aportes mencionados, se capitalizará en la cuenta de ahorro pensional de cada afiliado. Así mismo, arguyó que el pago de las primas de seguros se destina a atender las pensiones de validez y sobrevivientes, y la asesoría para la contratación vitalicia, como también, parte de estos dineros se trasladaron al fondo de solidaridad pensional, que son terceros ajenos a Old Mutual S.A. por lo cual no cuenta con estos dineros o estos descuentos en su patrimonio.

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 hay lugar o no, a que Old Mutual S.A. devuelva los aportes, más rendimientos financieros a Colpensiones, y el no cobro de la cuota o gastos de administración a la demandante.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 13 de agosto de 1960 (f.º 18); **ii)** cotizó 1105 semanas entre el 2 de enero de 1989 al 22 de junio de 2018, a la Caja Distrital de Previsión (f.º21-22); **iii)** que el 29 de noviembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Old Mutual S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de febrero de 1996, donde actualmente se encuentra afiliada (f.º 23, 115).

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.

Ahora bien, 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, en torno al grado jurisdiccional de consulta, respecto de COLPENSIONES, y en lo atinente a 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”¹, 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 inicialmente la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 29 de noviembre de 1995, con fecha de efectividad desde 1.º de febrero de 1996, donde actualmente continúa afiliada, 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.

¹ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

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:

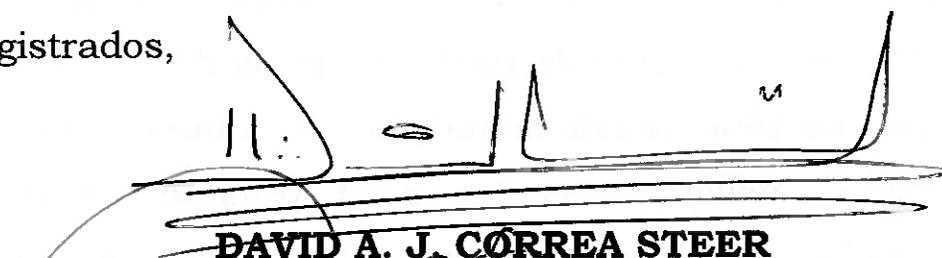
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2020, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada, 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,



Handwritten signature of David A. J. Correa Steer, consisting of a stylized 'D' and 'S' with a horizontal line through them.

DAVID A. J. CORREA STEER



Handwritten signature of Rhina Patricia Escobar Barboza, featuring a large, flowing 'R' and 'B'.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Aclaración de voto



Handwritten signature of Marceliano Chávez Ávila, consisting of a stylized 'M' and 'C'.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	MARLENY EUNICE ARIAS JIMÉNEZ
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105026201900584-01
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 tal interpretación.

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


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA