



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ADRIANA CARPINTERO TORRES** en contra de **COLPENSIONES, y PORVENIR SA.**

EXP. 11001 31 05 012 2018 00500 01.

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

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a Porvenir S.A., el 1.º de septiembre de 1995, 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, y se condene a Porvenir, trasladar a Colpensiones, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.º 2).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 9 de junio de 1966; realizó aportes en Porvenir S.A. el 1.º de septiembre de 1995, quienes no le brindaron información acerca de la nulidad del traslado, así como tampoco se le realizó una proyección que acreditara que el régimen de ahorro individual en realidad le podía ofrecer unas condiciones más favorables en materia pensional que el de prima media con prestación definida.

Agregó, que continúa afiliada a Porvenir S.A. la cual la pensionara con una mesada pensional que no cubre su mínimo vital (f.º 1-7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 29).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestó que la demandante era consiente sobre el formulario que suscribió con Porvenir, ya que se llevó a cabo de

manera libre, espontaneo, voluntario y sin presiones; en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (f.º 32-34).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; adujo que la accionante se trasladó válidamente, y lo hizo de manera libre y espontánea; en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y excepción genérica (f.º 55-75).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 29, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de octubre de 2020, declaró la ineficacia en sentido estricto de la afiliación efectuada el 1.º de septiembre de 1995, ante Porvenir S.A.; ordenó a esa entidad, trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D. administrado por Colpensiones, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra, la absolvió de las demandadas de las súplicas de la demanda, y declaró no probadas las excepciones formuladas por Porvenir y Colpensiones y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.º 104).

Esbozó en sus argumentos, que en el reporte de Colpensiones se evidencia que la demandante tiene aportes a dicha entidad desde el año 89, y que al momento del traslado, desde agosto del 95, tiene 298.96 semanas, así el despacho evidencia que ni por condición de

edad, ni por condición de tiempo, es beneficiaria del régimen de transición, el despacho también entiende que la absorción de los fondos de pensiones que fue primero por horizonte, y luego paso a manos de porvenir; lo anterior, pone en evidencia de que efectivamente la demandante fue inicialmente abordada por asesores de Colpatria, pero no para la afiliación de pensión sino para la afiliación de cesantías.

Dijo además, que en este caso, y manera puntual, de la prueba que obra en el expediente, y de las declaraciones, se puede vislumbrar que exista vicio del consentimiento, luego por la senda de la nulidad no se puede predicar una prosperidad de las pretensiones de la demanda, pero por la ineficacia del sentido estricto, por la inexistencia de la información, el despacho puede verificar determinados elementos que pueden sustentar los elementos preferentes; en primer lugar, el simple consentimiento vertido en el formulario no es suficiente para acreditar la existencia de libertad informada, y el despacho es claro en que la lectura de los formularios de afiliación que obra en el expediente no se puede deslumbrar de manera automática, sin que exista una condición efectiva que este consentimiento se haya informado, y en segundo lugar, que las comunicaciones de prensa que se evidencian, simplemente establece las comunicaciones genéricas, y no diferencia ningún tipo de comunicación específica, dirigida de manera personal, individual, clara y suficiente, sobre el periodo de gracia que se estableció; por otra parte, en los formularios tampoco se evidencia el cumplimiento para efectos de derecho de retracto que debe ser informado, así como tampoco, hubo cumplimiento de esa información a términos generales de la ilustración de condiciones, características y riesgo de cada régimen pensional, simplemente se dio a conocer unas condiciones superficiales del negocio jurídico.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que en el expediente quedó demostrado de que la demandante si tuvo una información veraz, contundente sobre las ventajas y desventajas, demostrándose así, no sólo el cumplimiento del artículo 1509 del Código Civil en expresar que el error de derecho no vicia el consentimiento contractual, también porque el despacho desconoció el artículo 13 literal E) de la Ley 100 de 1993, y sus modificaciones en cuanto al límite temporal para acceder a un traslado entre regímenes.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, manifestó en su apelación, que existe un análisis realizado respecto a que ese deber de información ha sido de manera evolutiva o progresiva respecto a las administradoras de pensiones, y si bien existe un análisis realizado por el fallador propiamente se le exige a mí representadas cargas probatorias adicionales frente a la época, del deber de información en el cual la demandante realizó el traslado de régimen, y cómo quedó motivado o descrito en la parte motiva del fallo propiamente, se identificó que la demandante no recordaba las circunstancias de tiempo, modo y lugar, respecto a ese traslado régimen, propiamente considerando su motivación más enfocados en una situación de cesantías, y precisa del fallador de primera instancia, que no se documentó en forma clara y suficiente ese traslado de régimen situaciones, conforme el artículo 1509 del Código Civil, y que el demandante, fue negligente acerca de averiguar por su futuro pensional, ya que admitió que nunca investigó al respecto; en todo caso, tuvo la oportunidad de retractarse al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003 y la Circular 01 de 2004, de la Superintendencia Financiera, como fue publicado en medios de comunicación de amplia circulación nacional, y no lo hizo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional 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 9 de junio de 1966 (f.º 76-77); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 7 de marzo de 1989 hasta el 31 de julio de 1995, 298.86 semanas, expediente administrativo (f.º 39); **iii)** que el 1.º de septiembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir SA, (f.º 76-77).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 76 y 77, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 1.º de septiembre de 1995, con la A.F.P. Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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 AFP PORVENIR S.A. el 1.º de septiembre de 1995, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en 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 5 de octubre de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

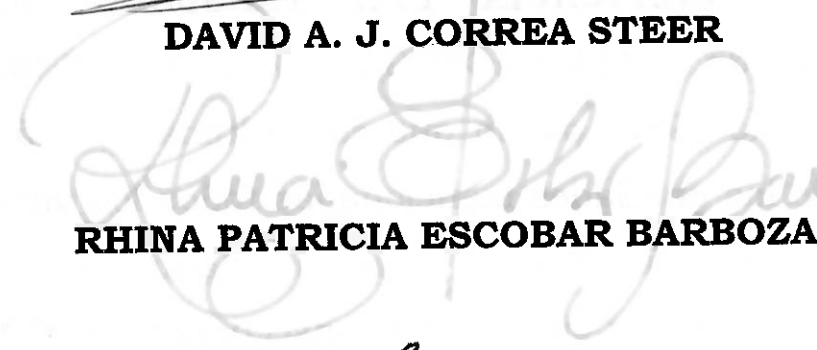
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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 **SANDRA MARGARITA PÉREZ LAÍNEZ** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR SA.**

EXP. 11001 31 05 012 2018 00550 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuestos por la demandante y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 21 de julio de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a Porvenir SA, el 27 de agosto de 1998, por existir un engaño y vicios del consentimiento, sin dar una información suficiente, amplia y oportuna; en consecuencia, Colpensiones debe recibirla en condición de afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, y se condene a Protección para efectos pensionales realizar la devolución a Colpensiones los aportes hechos por la demandante (f.º 2).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de marzo de 1961; que desde el año 1984, realizó aportes en el régimen de prima media y para finales del año 1998, fue visitada por los asesores de Porvenir, quienes nunca le realizaron un cálculo de valor de su mesada pensional; posteriormente, y al ver que Porvenir no cumplía sus expectativas pensionales, a finales del año 2001, los consignó en Protección S.A.

Agregó, que entre el año de 2007 a 2010, radicó varias solicitudes de traslado de al régimen de prima media faltándole más de 10 años para pensionarse, y en todas y cada una de las solicitudes, les fue negadas las mismas, invocando que la demandante no contaba con 15 o más años de servicios cotizados a pensión, y que además, le faltaban menos de 10 años para pensionarse.

Afirmó, que en el año 2017, interpuso Acción de Tutela, la cual en las dos instancias le fue negada el amparo de los derechos fundamentales alegados. (f.º 2-15).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1.º de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 85).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, expresó que cada uno de los regímenes pensionales tienen una rentabilidad financiera diferente, y esto descapitaliza la misma, pues no se consta dentro del expediente el engaño y el error al que fue inducido la demandante; en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones (f.º 97-104).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones, y adujo en síntesis, que no se ha probado vicio de consentimiento que inhabilite el contrato suscrito entre las partes, por lo que no es válido declarar la nulidad o ineficacia del traslado; propuso como excepciones de mérito las denominadas: declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción y excepciones genéricas (f.º 127-132).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, dijo que la información otorgada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales, adicionalmente la demandante tomo una decisión informada y consiente ya que con su firma dejo constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo e innominada o genérica (f.º 163-171).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 87, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 21 de julio de 2020, absolvió a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas por la señora Sandra Margarita Pérez Láinez; también, declaró probada la excepción de ausencia de causal de ineficacia de la afiliación y dejó sin condena en costas a las demandadas (f.º 183-184).

Para el despacho, existen dos escenarios; el primero, es la ineficacia del traslado, y el segundo, el de la nulidad; el fenómeno de nulidad se evidencia frente a la existencia de un vicio del consentimiento que en el mismo concurre y debe desestimarse, habida cuenta que no se observó ningún tipo de error en el contrato y ninguna falta sobre la causa del mismo, que lo permitiese, así entonces, por la vida de la nulidad el despacho descartaría cualquier tipo de prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Así mismo, adujo que la demandante al año de 2019, ya tenía estatus de pensionada, y se le reconoció su mesada pensional, así se demuestra que la demandante conocía de los beneficios y de las condiciones de afiliación del régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el despacho consideró que el traslado surtió sus efectos; y en consecuencia, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, a través de su apoderado judicial, presentó recurso de apelación, donde dijo que la solicitud de pensión tiene una razón de ser ,y es la situación económica de la señora demandante, ya que en repetidas ocasiones, solicitó ante las entidades la proyección pensional, pero que nunca le dieron la opción de pensionarse anticipadamente, así como tampoco, se demostró que hubiera una asesoría adecuada, ya que en el interrogatorio de parte se evidenció que se estaba frente a una afiliada lego, y no frente a una afiliada experta, por lo que realmente no se puede determinar que la señora tenía un conocimiento pleno de su situación pensional, y que efectivamente tomó la decisión con la libertad informada, y lo que se demuestra, es que la señora de alguna manera, cuando ya intentó regresarse se encontraba limitada, y tampoco se demostró que para los traslados horizontales recibiera algún tipo de asesoría.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 15 de marzo de 1961 (f.º 19); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de junio de 1984 hasta el 31 de agosto de 1998, un total de 682 semanas (fl. 36); **iii)** cotizó la A.F.P. Porvenir desde el 27 de agosto de 1998, (f.º 173, 177-178); **iv)** que el 1.º de noviembre de 2001, se trasladó al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A., (f.º 27- 35, 133). *v)* la demandante, aceptó en el interrogatorio de parte rendido ante el juez de primera instancia, que presentó los papeles a fin de pensionarse desde el mes de noviembre de 2018, pensión la cual fue reconocida y pagada con su respectivo retroactivo.

De conformidad con el documento de los folio 173, 177-178, que corresponde a la solicitud de vinculación, la demandante se afilió a la A.F.P. PORVENIR S.A. el 27 de agosto de 1998. Este formulario no demuestra por sí sólo, que en ese momento la aprobación de la actora estuviera afectado por uno de los vicios del consentimiento. Si bien la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado; esa misma jurisprudencia, indica que dicho formulario acredita el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero sí prueba, a lo sumo, el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

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

Sin embargo, no hay duda que cualquier deficiencia en la información por parte de PORVENIR S.A. quedó subsanada desde el momento en que la demandante aceptó el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado que le hizo PROTECCIÓN S.A., pues, está claro que aceptó en el interrogatorio de parte rendido ante el juez de primera instancia, que presentó los papeles a fin de pensionarse desde el mes de noviembre de 2018, la

cual fue reconocida y pagada con su respectivo retroactivo en el mes de diciembre de 2019, aceptando expresamente el pago de la misma.

En ese orden, es claro que el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto n.º 692 de 1994, que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario, y con ello sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la Ley 100 de 1993.

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

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

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

En relación con el error de derecho cabe acotar que se refiere, según la definición doctrinal, *“a la existencia, naturaleza o extensión de los*

*derechos que son objeto del negocio jurídico*¹, esto es, recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrean a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y este tipo de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

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

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

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

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

Por lo anterior, es por lo que no se encuentra una prueba que indique que la accionante fue engañado o que no iba a existir un traslado de régimen, máxime cuando es en el mismo documento donde se señala el traslado de régimen A.F.P. anterior I.S.S., y la escogencia del fondo Protección para que administre los aportes pensionales desde el año 2001(fl. 133), lo que está reiterado cuando se afilió a Porvenir el 28 de agosto de 1998 (f.º 173, 177-178) y con las comunicaciones que enviadas a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. desde el año 2015 y hasta el 14 de febrero de 2018 (fls. 134 a 152), es decir, antes de pensionarse, en la que señalaba que para continuar con el trámite del bono pensional, y en su carácter de afiliado al Fondo de Pensiones Obligatoria, le otorgaba poder como administradora del fondo de pensiones para que autorizara la negociación de su bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, todo lo cual es indicativo de que conocía perfectamente el régimen pensional al que estaba afiliado, por lo que mal podría decir que su supuesta ignorancia fue fruto de la falta de información de las distintas administradoras de pensiones a las que estuvo afiliado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, una decisión contraria a la emitida por el juez de primera instancia vulneraría los principios de solidaridad propio del régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1.º de 2005. 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 21 de julio de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

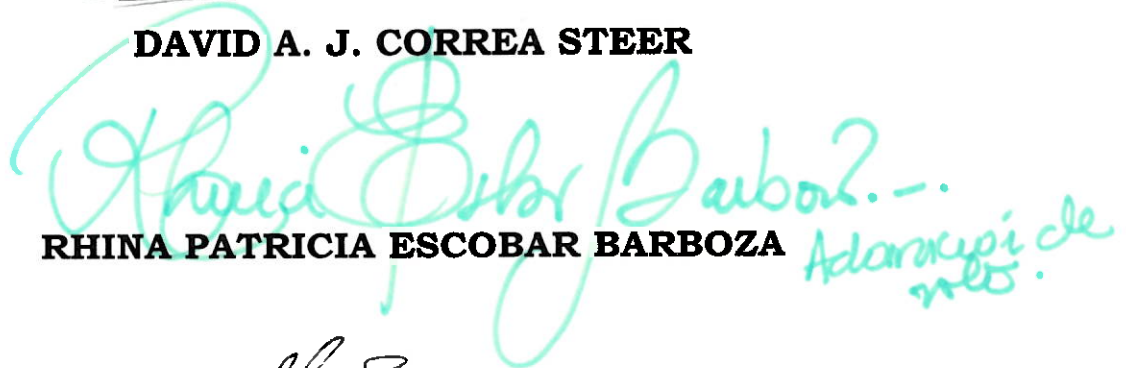
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

con ASESORIA DE
VOTO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DEPARTMENT OF THE HISTORY OF ARTS
AND ARCHITECTURE
1100 EAST 58TH STREET
CHICAGO, ILLINOIS 60637

NOTIFICATION OF ADMISSION

11-11-80

DAVID A. J. CUNHA

David A. Cunha
11-11-80
11-11-80

DAVID A. J. CUNHA

11-11-80

11-11-80



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARIA DEL PILAR CALDERON VARGAS** en contra de **OLD MUTUAL, PROTECCION S.A y COLPENSIONES**

EXP. 11001 31 05 012 2019 00259 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 24 de junio de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a Protección S.A. y a Old Mutual, por existir un engaño, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, Colpensiones debe aceptar la devolución del régimen de Prima media con prestación definida y recibir a la demandante, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a Protección y a Old Mutual, trasladar a Colpensiones, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.º 24 y 25).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 12 de abril de 1957; realizó aportes en el I.S.S., el 1.º de febrero de 1979, posteriormente, los consignó en Fonprecon desde el 18 de octubre de 1982 hasta el 30 de septiembre de 1983, luego cotizó en Cajanal desde el 9 de agosto 1990 hasta el 1.º de enero de 1996, momento en el que fue abordada por los asesores de Protección, quienes la persuadieron para efectuar el traslado de régimen el día 6 de marzo de 1996, el 8 de agosto de 1997, se trasladó Pensionar, la cual le ofreció mejores ventajas.

Agregó, que solicitó ante Colpensiones el traslado pero mediante oficio de 29 de marzo le manifestaron que no era procedente dicho trámite por lo que se encuentra de 10 años o menos para pensionarse, para el 5 de abril de 2019 recibió simulación pensional por parte de Old Mutual. (f.º 25 y 26).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 46).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, debido a que la demandante gozaba de plena libertad para cambiarse de régimen, toda vez, que era consciente del formulario que suscribió para dicho cambio y la elección del R.A.I.S.; su decisión fue espontánea y sin presiones, por esta razón, su afiliación ante Protección y Old Mutual es válida, por lo que no hay lugar a reactivar la afiliación de la demandante.

En su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (f.º 56-58).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones ya que dicha decisión fue de forma libre de presión y engaños, valida, exento de vicios del consentimiento y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e innominada o genérica. (f.º 72-86).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones ya que el fondo que efectuó el traslado de régimen fue Protección, que lo hizo de una manera libre y voluntaria como está consagrado en la ley, y no existe fundamento legal para que deba devolver los gastos de administración; en su defensa, invocó la inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la

anulación del traslado, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento e innominada o genérica (f.º 104-118).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de junio de 2020, declaró la ineficacia la afiliación efectuada el ante Protección S.A. el 6 de marzo de 1996, y posteriormente, ante Old Mutual en agosto de 1997; ordenó a Old Mutual a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes, saldos pensionales y rendimientos, acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; absolvió de las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, declaro no probadas las excepciones formuladas por Protección, Old Mutual y Colpensiones, y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.º 143).

Dijo como sustento de la providencia, que la afiliación inicia de la demandante según el formulario de vinculación a Protección S.A. fue el 6 de marzo de 1996; que ese traslado de régimen con la entidad administradora anterior, que es el Instituto de Seguro Sociales, quien de acuerdo a lo señalado, si bien no es su ultimo empleador, se atiene a los tiempos de cotización efectivamente realizados a dicha entidad, por lo que se muestra en el proceso, y de lo que se trata es de un

inicial traslado, según el reporte de Asofondos; que en el reporte aparece que en su vinculación es con Colpensiones antes el I.S.S., y que su afiliación inicial es a Protección S.A., sin perjuicio de la acumulación de todos los tiempos, teniéndose en cuenta que no fue servidora pública en la totalidad de sus tiempos, y que con posterioridad para la definición de sus derechos pensionales tiene por subrogación legal a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; razón por la cual el despacho no consideró que debía hacerse una integración de Litis con otra caja previsional, o con la U.G.P.P. en llave con la administración de pensiones con el fondo de pensiones públicas.

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 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 12 de abril de 1957 (f.º 2); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 1.º de febrero de 1979 hasta el 3 de agosto de 1990, 214.29 semanas (f.º 15-16); **iii)** que desde 1990 hasta marzo de 1996, realizó cotizaciones a CAJANAL; y el 6 de marzo de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1º de enero de 1999 (f.º 3, 84, 340), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a Old Mutual, con un total de 1.336.86 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.º 17, 123 a 131.

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 tiene que el 6 de marzo de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 3, 84, 340), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a Old Mutual, 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

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

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

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

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

“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**

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

DEL TRASLADO que realizó la demandante el 6 de marzo de 1996, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 3, 84, 340), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a Old Mutual, 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:

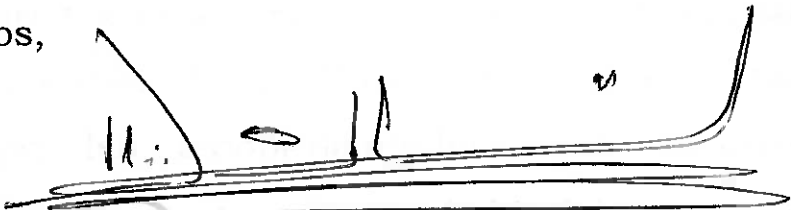
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

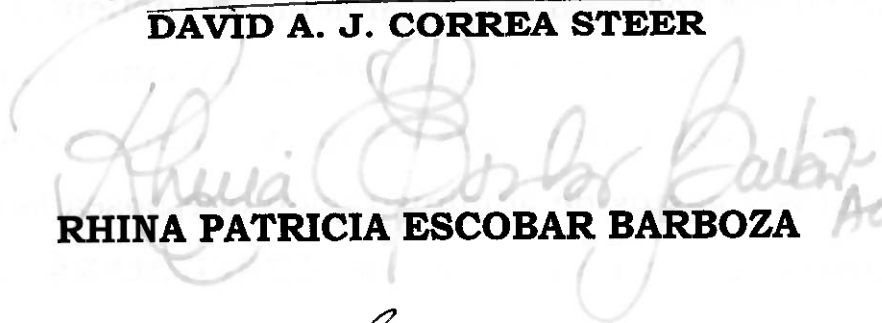
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

*Admonición de
vol. 5.-*



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 **JOHN JAIRO RESTREPO PEREZ** en contra de **COLPENSIONES, COLFONDOS SA y PROTECCIÓN S.A**

EXP. 11001 31 05 013 2019 00093 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 23 de julio de 2020, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a COLFONDOS S.A., el 22 de abril de 1996. y a PROTECCIÓN S.A. el enero de 2002, por existir un engaño, vicio de su consentimiento y asalto a 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 4 y 5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 17 de marzo de 1961; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 1º de marzo de 1983 hasta el 30 de abril de 1996, posteriormente, los consignó en COLFONDOS S.A. desde el mes de abril de 1996, y para el mes de enero de 2002, se trasladó a Protección; que nunca recibió ningún tipo de asesoría e información por parte de estas dos entidades, ni se le informó de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

Agregó, que el día 25 de octubre de 2018, radicó ante Colpensiones solicitud de nulidad y activación de la afiliación al régimen de prima media con prestación definida; para el día 26 de octubre de 2018, solicitó ante PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. que procediera con la nulidad de la afiliación; en consecuencia, procediera a registrarlo en el sistema de información de los fondos privados, ante la súplica, COLFONDOS S.A. respondió mediante oficio el día 22 de noviembre de 2018, que no es procedente realizar la anulación de la afiliación. (f.º 3-31).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 103).

COLPENSIONES, contestó con oposición parcial a las pretensiones, en síntesis, adujo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad; en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (f.º 114-118).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones, manifestó que el traslado de régimen es un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento, toda vez que el formulario que suscribió el demandante se realizó de forma libre y espontánea; propuso como excepciones de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e innominada o genérica (f.º 136-152).

COLFONDOS S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones, expresó, que no se cumplen con los presupuestos para que se pueda declarar la nulidad de la afiliación ya que fue una decisión libre, espontánea, informada y sin presiones; formuló como excepciones de fondo las de validez de la afiliación, Inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A., Buena fe, Prescripción e innominada o genérica (f.º 227-234).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 242, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 23 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado el 22 de abril de 1996, ante COLFONDOS S.A., así como las posteriores transferencias realizados entre las administradoras del R.A.I.S.; ordenó a COLFONDOS y PROTECCIÓN, trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante al R.P.M.P.D. administrado por Colpensiones, quién deberá reactivar la afiliación del demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; declaró no probadas de las excepciones y condenó en costas a COLFONDOS S.A. (f.º 254).

Dijo, que el demandante ratificó que no se le informó de manera completa y veraz, en especial sobre las consecuencias negativas que le implicaba su traslado al régimen de prima media al R.A.I.S., sin que ello, se pruebe con el formulario al fondo de pensiones COLFONDOS S.A., este indica que se hizo de forma libre y espontánea.

Arguyó, que la ineficacia surgió por falta de asesora por el traslado de 1996, del régimen de prima media al R.A.I.S., máxime que con la tardía asesoría se marca la opción que le indica al demandante que económicamente le conviene más quedarse en PROTECCIÓN S.A., cuando en esta misma A.F.P., incluso se enseña que el valor pensional resulta inferior, al igual que la tasa de reemplazo, y la misma cantidad de mesadas pensionales.

Motivó en su providencia, que el demandante no ejerció su derecho de retracto, y que haya solicitado el cambio de

administradora pensional 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse, pues ello, en nada cambia que en 1996, cuando se hizo el traslado de régimen no se le haya dado la información.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., Solicitó en su recurso, que se revoque de manera parcial, la sentencia en lo que respecta en el numeral segundo de la parte condenatoria, respecto a la imposición de generar la devolución de los gastos de administración y los valores adicionales, ya que la comisión y la prima del seguro previsional, son descuentos autorizados en la ley que faculta y autoriza a las A.F.P. efectuar la deducción en los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, que dichos descuentos, se usan para pagar al administración y para pagar la prima del seguro previsional, y opera en ambos regímenes, conforme el artículo 1509 del Código Civil, y que el demandante, fue negligente acerca de averiguar por su futuro pensional, ya que admitió que nunca investigó al respecto; en todo caso, tuvo la oportunidad de retractarse al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003 y la Circular 01 de 2004 de la Superintendencia Financiera, como fue publicado en medios de comunicación de amplia circulación nacional, y no lo hizo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en

aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 17 de marzo de 1961 (f.º 33); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de marzo de 1983 hasta el 30 de abril de 1996, 663.14 semanas (f.º 34-40); **iii)** que el 22 de abril de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., (f.º 41 y 238), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se

encuentra vinculado a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1782 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 176.

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 22 de abril de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 41 y 238 reverso), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculado a PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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 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

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

celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

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

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las

primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»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 el 22 de abril de 1996, se trasladó de COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 41 y 238 reverso), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculado 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**

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

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

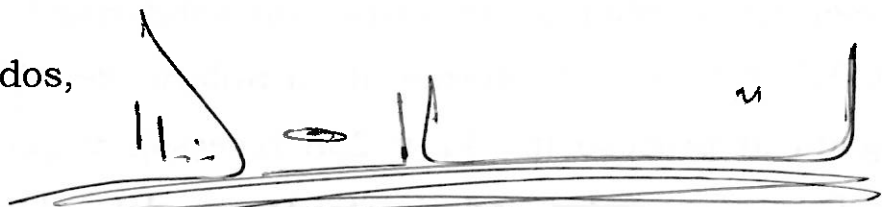
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de julio de 2020, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

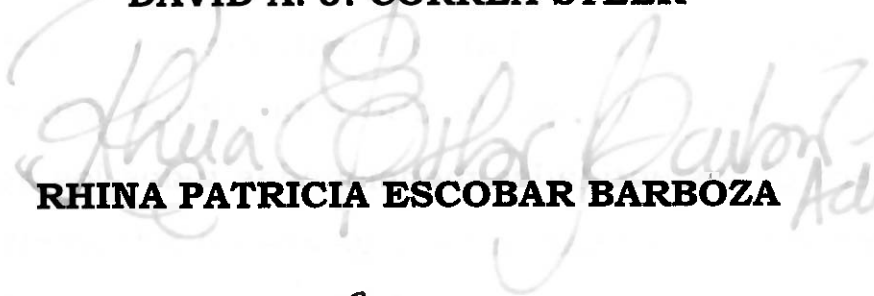
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ADRIANA OSORIO DONOSO** en contra de **COLPENSIONES**, y **PORVENIR SA.**

EXP. 11001 31 05 013 2019 00574 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 20 de agosto de 2020, por el Juzgado 13 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 PORVENIR S.A., el 15 de febrero de 2000, por existir un engaño y asalto en su buena fe, induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual; en consecuencia, Colpensiones debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, desde el día 1.º de octubre de 1987, sin solución de continuidad, y se condene a Porvenir, trasladar a Colpensiones, todos los aportes, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora (f.º 5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 1.º de agosto de 1962; realizó aportes en el Instituto del Seguro Social, entre el 1.º de octubre de 1987 y el 29 de febrero de 2000, momento en el que fue visitada por los asesores de Porvenir, quienes le brindaron información acerca de las cesantías, y le presentaron el nuevo régimen pensional.

Agregó, que el día 20 de junio de 2019, se radicó derecho de petición ante Porvenir, solicitando se declare la nulidad y se retorne del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida; mediante oficio de fecha 4 de julio de 2019, Porvenir dio respuesta a la solicitud con la negativa de que no cumplía con los requisitos, motivo por el cual no era posible atender favorablemente su solicitud.

Adicionalmente, el día 19 de junio de 2019, se radicó derecho de petición ante Colpensiones, solicitando se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al

régimen de ahorro individual con solidaridad; y como consecuencia, se retorne al régimen de prima media con prestación definida; mediante oficio de fecha 20 de junio de 2019, Colpensiones respondió manifestando que no es posible realizar la nulidad de traslado del R.P.M. al R.A.I.S. (f.º 57).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de septiembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 74).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que el traslado se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente; en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, e innominada o genérica (f.º 90-95).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la nulidad de la afiliación, por ende, su afiliación es válida; en su defensa, propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación, y buena fe (f.º 120-137).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 76, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia

del 20 de agosto de 2020, declaró “nula o ineficaz” la afiliación efectuada el 1.º de febrero del 2000, ante Porvenir S.A., con efectividad a partir del 1.º de marzo de 2000; ordenó a dicha entidad, trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante administrado por Colpensiones, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra, como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; así mismo, condenó a Porvenir S.A. en costas a favor de la actora el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (f.º 205).

Dijo, que la demandante aduce que no se le informó de manera completa y veraz, en especial sobre las consideraciones negativas que implicaba su traslado de régimen de prima media al R.A.I.S., sin que ellos se pruebe con la suscripción del formulario al fondo de pensiones Porvenir, pues aunque este se indique se hizo manera libre, espontánea y sin presiones; y que conoce las características del régimen, precisamente poco se puede acreditar con confesión que hiciera la demandante, en efecto de su testimonio no confeso el cumplimiento estricto de dicho deber; lo que afirmó la demandante fue reiterado en lo dicho en su demanda; que el asesor le informó que se pensionaría con menos semanas y menos edad, que podía perder su pensión, y aunque ciertamente reconoció su firma en el formulario de folio 138, indicó que no lo diligenció, que los datos allí consignados se los preguntó, y debe resaltarse por este despacho que ciertamente el apoderado de Porvenir S.A. le reveló que si había leído el formulario del año 2000, y la demandante afirmó que sí, pero también aclaró que leyó los datos y los firmó.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., sostuvo la afiliación de la demandante en el presente proceso se pudo demostrar que obedeció a una decisión libre, consiente, espontánea, sin presiones e informada, muestra ello la asesoría recibida de manera verbal en donde se le indicaron las características y condiciones propias de régimen de ahorro individual, conforme a lo establecido en el Decreto 720 de 1994, y que el demandante fue negligente acerca de averiguar por su futuro pensional, ya que admitió que nunca investigó al respecto; en todo caso, tuvo la oportunidad de retractarse al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003 y la Circular 01 de 2004, de la Superintendencia Financiera, como fue publicado en medios de comunicación de amplia circulación nacional, y no lo hizo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional 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 1.º de agosto de 1962 (f.º 15 y 16); **ii)** cotizó al I.S.S. entre el 1º de octubre de 1987 al 29 de febrero del 2000, 565 semanas (f.º 17 a 19 y 24, 96 a 98); **iii)** que el 15 de febrero de 2000 suscribió formulario de afiliación la A.F.P. Porvenir S.A., (f.º 59 y 138), **iv)** el día 20 de junio de 2019, se radico derecho de petición ante Porvenir, solicitando se declare la nulidad y se retorne del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida que reposa de f.º 38; **v)** que mediante oficio de fecha 4 de julio de 2019, Porvenir dio respuesta a la solicitud con la negativa de que no cumplía con los requisitos, motivo por el cual no era posible atender favorablemente su solicitud. (f.º 44) **vi)** que el día 19 de junio de 2019, se radicó derecho de petición ante Colpensiones, solicitando se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia se retorne al régimen de prima media con prestación definida (f.º 50), el cual mediante oficio de fecha

20 de junio de 2019, Colpensiones respondió manifestando que no es posible realizar la nulidad de traslado del R.P.M. al R.A.I.S. (f.º 57).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

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

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

que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 59 y 138, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 15 de febrero de 2000, con la A.F.P. Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por

pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»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 AFP PORVENIR S.A. el 15 de febrero de 2000, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

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 20 de agosto de 2020, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

*Aclamación
de voto.*



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **PEDRO ENRÍQUE CAICEDO MARTÍNEZ** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 026 2019 00658 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL11875-2020 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara que Porvenir S.A., lo asesoró de manera equivocada, toda vez que no le informó de las consecuencias del traslado al R.A.I.S. Consecuencialmente, que se decretara la nulidad del traslado; que se ordenara a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones como administradora del R.P.M. los aportes,

rendimientos y semanas cotizadas, como si nunca se hubiese surtido el traslado al R.A.I.S., y que se ordenara a Colpensiones aceptar el mismo.

Para el efecto, manifestó que nació el 30 de septiembre de 1957; que cotizó en el extinto I.S.S, hoy Colpensiones S.A., desde el 25 de septiembre de 1975 hasta el 6 de julio de 1996; que el 1.º de septiembre de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo Porvenir S.A., sin haber obtenido la información completa por parte del asesor en la reunión que tuvo en su lugar de trabajo, ya que solo le indicó que el I.S.S. iba a ser liquidado, y como consecuencia de ello, el tiempo de cotización se iba a perder, y que la mesada pensional en dicho fondo iba a ser más alta, sumado a ello, omitió brindar asesoría respecto de la posibilidad de devolverse al régimen de prima media con prestación definida, con ocasión de la expedición de la Ley 797 de 2003, y sobre las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario, a fin de evitarle un perjuicio respecto de la mesada en la pensión de vejez, así, considera que existe un vicio en su consentimiento, toda vez que fue asaltado en su buena fe, dado que creyó en la promesa de un mayor beneficio pensional.

Señaló, que el día 3 de agosto de 2018, solicitó a Porvenir S.A. un estudio pensional, donde se le indicó que su pensión en el régimen de ahorro individual ascendería a la suma de \$781.242, mientras que en el régimen de prima media correspondería a un valor de \$2.537.900, así mismo, indicó que el día 11 de septiembre de 2018, solicitó a Colpensiones S.A. traslado de régimen, pero las peticiones fueron negadas (f.º 4 - 5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 20 de septiembre de 2018, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 43).

COLPENSIONES S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Porvenir S.A., y que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, razón por la que no procede la declaratoria de nulidad.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos. (f.º 51 - 59).

PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda. Alegó en su favor, que la afiliación del demandante es un acto válido, toda vez que se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión, sumado a que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por lo no se vulneró para el momento del traslado ninguna expectativa legítima y cualquiera de los dos regímenes le podía ser favorable.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, inexistencia del perjuicio alegado, ausencia de responsabilidad atribuible a ella, compensación, y buena fe (f.º 93 - 117).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 131).

Es de anotar, que, en su momento, el Juez 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., se declaró impedido mediante providencia de fecha 14 de agosto de 2019, visible a folio 150, razón por la cual, una vez aceptado el mismo, la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. asumió la competencia del presente proceso (f.º 154).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 12 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado del 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 el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos financieros, sin que hubiese lugar a descontar alguna suma por concepto de administración; ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante al R.P.M.; condenó en costas a Porvenir S.A., y concedió recurso de apelación a Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional 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 SL-12136-2014, del 3 de septiembre de 2014, rad. 46292, 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.

Ahondó respecto del deber de información de las A.F.P., donde señaló el criterio contenido en la sentencia del 3 de abril de 2019, rad. 68852 de la Corte Suprema de Justicia, donde se dijo que éste ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100, 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, acumulando más obligaciones, pasando 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 el demandante en el interrogatorio de parte, la parte demandada Porvenir S.A., no acreditó que efectivamente en 1996, le haya brindado al demandante una información clara, oportuna y suficiente respecto al régimen de pensiones al cual se encontraría afiliado, lo anterior por cuanto simplemente se limitó a ofrecerle una mejor pensión que la que obtendría en el I.S.S., sin explicarle dicha circunstancia. Sumado a

esto, no se acreditó que se haya puesto en conocimiento al demandante del manual o reglamento de derechos y obligaciones de los afiliados, tal como lo prevé el Decreto n.º656 de 1994.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., apeló con el argumento de que el demandante se trasladó en forma libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, porque su manifestación de voluntad se hizo de manera consciente, espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de los requisitos vigentes, y recibiendo antes de firmar el formulario la información completa y suficiente. Así mismo, señaló que el demandante debió actuar con la mediana diligencia con el fin de obtener más información respecto del acto jurídico que estaba celebrando, dada la importancia de esta decisión para su vida pensional.

Arguyó, que para el momento del traslado no existían las cargas de asesoría y buen consejo, que fueron impuestos sólo hasta la expedición del Decreto n.º2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2014, y sumado a ello, con la expedición de la Ley 797 de 2003, en lo relativo a las modificaciones que introdujo en su artículo 2.º, al artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993, y siguiendo las instrucciones de la superintendencia financiera, se publicó en el diario de circulación nacional 'El Tiempo' un aviso donde se informaba a los afiliados la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando la persona se encontrare a 10 años o menos de cumplir con la edad para la pensión.

Sobre lo relacionado con la carga de la prueba, consideró no ajustado a la normatividad vigente la inversión de la misma, toda vez que ésta le corresponde a quien tenga la capacidad de demostrar el hecho procesal, y se refirió al artículo 835 del Código de Comercio,

para argumentar que, consecuencialmente, quien alegue mala fe de una persona o afirme que éste conocía o debía conocer determinado hecho, deberá probarlo, significando esto que le corresponde a la parte demandante probar el actuar indebido de Porvenir S.A. o de sus funcionarios.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; en los términos establecidos en la sentencia STL11875 de 2020 de la Sala de Casación Laboral, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

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

«(...) [L]a ineficacia del traslado de régimen pensional no solo procede en relación de los beneficiarios del régimen de transición; ello en razón a que la Corte no ha condicionado en su jurisprudencia a que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición a fin de que sus pretensiones sean despachadas de forma favorable, como quiera que ello carecería de justificación constitucional, pues sería tanto como otorgar tal derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros».

(...) [A]l respecto, la regla jurisprudencial reconocible en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014 y CSJ SL19447-2017, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de

la carga de la prueba en favor del afiliado, sin que ninguna de ellas se afirme o se insinúe que solo se aplique a los beneficiarios del régimen de transición».

*(...) [E]n efecto, en sentencia SL19447-2017 la Corte, advirtió que el deber de información no se agotaba con solo el diligenciamiento de un formulario, pues además de ello, era forzoso dar «los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **encontrándose o no la persona en transición**».*

(...) [P]or otra parte, desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado».

(...) [E]l hecho que el demandante en el proceso de ineficacia de traslado por falta de información, en su interrogatorio de parte hubiera manifestado que firmó libremente el formulario, no suple ni elimina la carga de las administradoras de fondos de pensiones de haberle suministrado en cada momento la información suficiente y clara que comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado».

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 30 de septiembre 1957 (f.º 14) hecho además, que es pacíficamente aceptado por las partes en conflicto; **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 577,42 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (f.º 65, expediente administrativo); **iii)** que el 16 de octubre de 1996, se trasladó fondo de pensiones administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 122), y **iv)** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos

aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión apelada y consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A, por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional, en los términos aducidos en las sentencias SL1421-2019 y SL638-2020.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia de primer grado. Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

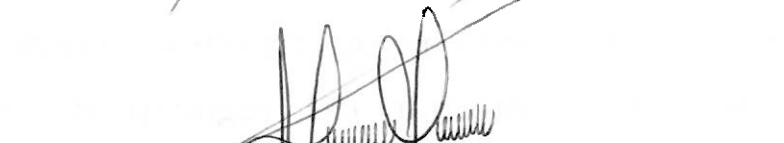
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAIRO PATIÑO DUQUE** contra **COLPENSIONES S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 032 2019 00059 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, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad o ineficacia de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia, que para todos los efectos siempre ha permanecido afiliado al R.P.M. sin solución de continuidad, de manera que su afiliación se reactive. Así mismo, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES y a éste, a recibir todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras. Finalmente, que se condene a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de perjuicios morales causados.

Subsidiariamente, pretendió que se declare que el acto jurídico de traslado de régimen pensional a las A.F.P. demandadas resulta inexistente, de manera que se produzcan igualmente las anteriores consecuencias.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 31 de diciembre de 1956; estuvo afiliado al R.P.M. administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de febrero de 1975 hasta el año 1999; que en septiembre de 1999, por no recibir información técnica y adecuada, se trasladó al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A.; en el mes de febrero de 2004, se afilió a PROTECCIÓN S.A. donde se encuentra afiliado actualmente.

Indicó, que para él, el R.A.I.S. es desfavorable en comparación con el R.P.M. ya que la edad para pensionarse y el monto de su mesada pensional son desventajosos; que su consentimiento en el

traslado de régimen pensional adolece de nulidad absoluta, por lo que de acuerdo con el Artículo 53 de la Constitución Política y por la notable desmejora en el monto de la pensión, el traslado no puede producir efectos; que no se le informaron los riesgos del traslado, ni que su mesada pensional podría ser inferior a la del R.P.M.; que no se podría pensionar si su capital ahorrado resultase insuficiente; que no le explicaron las distintas modalidades de pensión ni que el valor de su pensión dependería de la escogencia de una de ellas; que no le informaron que era un bono pensional, ni que su negociación implicaría un importante sacrificio financiero. Finalmente, indicó que debido a la falsa expectativa creada por el fondo privado y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir luego de la vida laboral, ha tenido un gran impacto emocional, manteniendo un estado de angustia permanente al no tener asegurado un ingreso acorde con su calidad de vida.

Reclamó administrativamente a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, el día 8 de noviembre de 2018, pero las peticiones fueron negadas (f.º 5-29).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de febrero de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 103).

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones y argumentó que como quiera que no le constan las circunstancias en que se llevó a cabo el traslado de la demandante, deberá probarse dentro del proceso los engaños u omisiones que pudo cometer la A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., ya que eran éstas las que tenían el deber de brindar la información idónea a sus potenciales afiliados. Aunado a ello, indicó que el traslado de régimen efectuado por el

demandante se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, razón por la cual, éste deberá probar vicio en el consentimiento para efectos de determinar si es procedente su retorno al R.P.M., lo mismo manifestó respecto de las pretensiones subsidiarias.

En su defensa, propuso como excepciones las denominadas validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica (f.º 106-119).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones y señaló que como entidad absorbente de ING Pensiones, quien previamente absorbió a SANTANDER, no conoce las condiciones en las cuales fue realizado el traslado, ni la información brindada por Pensiones SANTANDER, no obstante, indicó que PROTECCIÓN S.A. cuenta con un grupo de asesores idóneos y calificados, siempre prestos a suministrar una información correcta y verás a los interrogantes de sus afiliados, por lo que el demandante se encuentra válidamente vinculado al R.A.I.S. Por último, se opuso a la condena en perjuicios solicitada por el actor, ya que no se encuentra probado que ésta A.F.P. hubiese causado al demandante perjuicio alguno. Lo mismo manifestó respecto de las pretensiones subsidiarias.

Formuló como excepciones las denominadas declaración de manera libre, espontánea del demandante al momento de la afiliación a la A.F.P., buena fe por parte de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la 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 156-163).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que la afiliación del demandante a esta A.F.P. fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación en la que se observa la declaración escrita de que trata el Artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los Artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el párrafo del Artículo 54A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, sumado a que es necesario poner presente 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. Indicó, lo mismo respecto de las pretensiones subsidiarias.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la excepción genérica (f.º 209 - 236).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 105).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de agosto de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por PORVENIR S.A. y la excepción de buena fe propuesta por PROTECCIÓN S.A. frente a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios y no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado del demandante efectuado el 3 de septiembre de 1993, a PORVENIR S.A. así como su posterior traslado a la A.F.P.

SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A.; ordenó a COLPENSIONES a recibir y afiliar al demandante al R.P.M. sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al extinto I.S.S. al momento del traslado, consecuentemente, condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, gastos de administración y el bono pensional si a ello hubiere lugar; finalmente, condenó en costas sólo a PORVENIR S.A.

Consideró, que la A.F.P. PORVENIR S.A. no suministró la información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, así como de los requisitos para pensionarse en uno u otro régimen y de acuerdo con su situación particular y el número de semanas que el demandante ya tenía cotizadas, razón por la cual no cumplió con el deber de información que tenía a su cargo para que éste tuviera la información necesaria para confrontar con facilidad cuál era el régimen pensional que más le convenía, ya que esto no se puede probar únicamente con el diligenciamiento del formulario de afiliación.

Frente a la pretensión de indemnización de perjuicios morales, manifestó que dentro del expediente no obra prueba que permitiese su reconocimiento, razón por la cual absolvió de la misma a las A.F.P. demandadas.

Respecto de la excepción de prescripción, señaló que no se cumplen los requisitos contemplados en los Artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo, ya que la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a tener su valor real es imprescriptible, razón por la cual, de conformidad con lo establecido en el Artículo 48 de la Constitución Política, la ineficacia del traslado también lo es en la medida que su declaratoria le permite

al peticionario obtener la satisfacción de su derecho pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación toda vez que tal como lo establece el Numeral 1.º del Artículo 365 del Código General del Proceso se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, por lo que debieron ser condenadas las demandadas al pago de las mismas, ya que éstas se opusieron a las pretensiones de la demanda a través de sus contestaciones y con la práctica del interrogatorio que cada una hizo.

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación ya que la sentencia proferida indica que opera el fenómeno de la ineficacia de la afiliación por falta de información, sin embargo, de conformidad con lo expuesto en el Salvamento de voto del Señor Jorge Luis Quiroz Alemán, en Sentencia de Tutela con Radicado 5912 del 13 de mayo de 2020, para llegar a tal conclusión es necesario analizar cada caso en particular y las singularidades que cada uno tiene.

Aunado a ello, señaló que de acuerdo con el Artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para que se genere la declaratoria de ineficacia del traslado debe haber un acto que impida o atente contra la filiación del trabajador, esto es, algún acto de dolo, lo cual no resultó probado en el proceso, sumado a que el demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Indicó, que de conformidad con el literal e) del Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, el demandante se encuentra inmerso en una prohibición de traslado por faltarle menos de 10 años para pensionarse.

Finalmente, arguyó que de acuerdo con el Decreto n.º 2555 de 2010, el consumidor financiero del fondo de pensiones debe emplear

una atención y cuidado al momento de la toma de la decisión del traslado entre administradoras, razón por la cual no es justo que el demandante emplee la falta de conocimiento por no haber recibido una información, puesto que es su obligación tener conocimiento sobre su derecho pensional.

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación para que fuese revocado el numeral 3.º de la sentencia, en lo que respecta a la orden de devolver los gastos de administración causados, ya que los mismos están autorizados desde la Ley 100 de 1993, para cualquiera de los dos regímenes.

Adicionalmente, se vulnera el principio de igualdad, toda vez que se ordenó la devolución de los rendimientos, por lo que en aras de la igualdad lo procedente sería que el demandante pagara por la gestión que realizó el fondo, que fue lo que generó dichos rendimientos; igualmente, se vulnera el principio de restituciones mutuas, ya que si el demandante recibe una beneficio, un fruto, un rendimiento, de igual manera debe cumplir con su cargo, esto es, cumplir con los gastos de administración.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que se dejó de lado el principio de relatividad de las obligaciones, por lo que Colpensiones, como tercero de buena fe, no debería estarse viendo perjudicado por acto jurídico celebrado entre el demandante y las A.F.P. demandadas, sumado a que dicha ineficacia afecta directamente la sostenibilidad financiera del R.P.M.

Solicitó, que de confirmarse la decisión del a quo, se condene a la A.F.P. que incumplió el deber de suministrar la información, esto es, PORVENIR S.A., a que efectivamente pague al demandante la

pensión que hubiere recibido en el R.P.M. de conformidad con la teoría del daño civil que indica que quien causa el daño es quien debe repararlo, lo que no se cumple con esta sentencia.

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 no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 31 de diciembre de 1956 (f.º 30); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de febrero de 1975 hasta el 30 de septiembre de 1999 (f.º 43 a 45 y 122 a 125); **iii)** que a 1.º de abril de 1994, tenía un total de 630,85 semanas cotizadas en el R.P.M.; **iii)** que el 30 de septiembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 31) y el 16 de febrero de 2004, se trasladó a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A. donde actualmente continúa afiliado (f.º 32 y 164).

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

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

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

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

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

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

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

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la

gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 31 y 263 respaldo, se avizora el formulario que el demandante suscribió el 30 de septiembre de 1999, con la A.F.P. Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”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 es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»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. PROTECCIÓN S.A. el 30 de septiembre de 1999, 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.

Finalmente, sobre la inconformidad 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.

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

³ 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 del 2 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado 32 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

Aclaración de voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



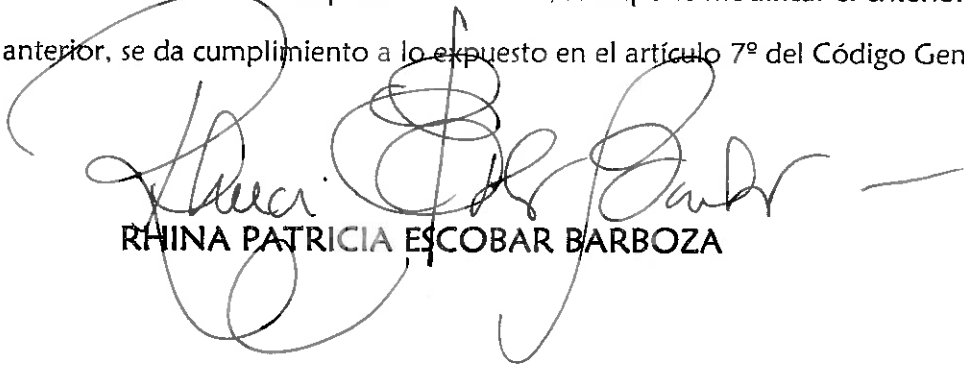
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JAIRO PATIÑO DUQUE
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105032201900059-01
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 **JOSÉ ANTONIO APONTE MORENO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 032 2019 00061 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 resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2020, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la ineficacia y nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que tiene derecho a regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; consecuentemente, que se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes efectuados a PORVENIR S.A.; que en caso de oposición de las demandadas se condene al pago de los gastos procesales y agencias en derecho y que se apliquen las facultades extra y ultra petita.

Para el efecto, manifestó que inició sus cotizaciones a seguridad social en pensiones desde el 3 de abril de 1973 en el Seguro Social, hoy COLPENSIONES; que el 25 de julio de 2001, mediante engaños de un asesor, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo Horizonte, hoy PORVENIR S.A.; sin embargo, dicho traslado sólo se hizo efectivo hasta el mes de junio de 2006; que ésta A.F.P. sólo manifestó de forma fraudulenta y engañosa, que le era más beneficioso estar en el R.A.I.S. que en el R.P.M., ya que su pensión sería más elevada; que no le informó los beneficios y riesgos del traslado, por lo que en el momento del traslado estuvo viciado su consentimiento.

Indicó, que mediante asesoría prestada el 12 de octubre de 2018, PORVENIR S.A. le manifestó que su monto pensional sería de un salario mínimo, ya que sus ahorros no le permiten tener una pensión más elevada, lo que afecta sus beneficios y derechos ya que el promedio de sus cotizaciones es mucho más elevado, por lo que en el R.P.M. su monto pensional sería más alto.

Señaló, que reclamó administrativamente a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., solicitando el traslado del Régimen de ahorro individual con solidaridad al Régimen de Prima Media, pero las peticiones fueron negadas los días 27 de octubre de 2018 y 2 de noviembre del mismo año, respectivamente (f.º 3-10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 07 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 74).

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones y argumentó que como quiera que no le constan las circunstancias en que se llevó a cabo el traslado de la demandante, deberá probarse dentro del proceso los engaños u omisiones que pudo cometer la A.F.P. PORVENIR S.A., ya que era ésta la que tenía el deber de brindar la información idónea a sus potenciales afiliados. Aunado a ello, indicó que el traslado de régimen efectuado por el demandante se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, razón por la cual, éste deberá probar vicio en el consentimiento para efectos de determinar si es procedente su retorno al R.P.M.

En su defensa, propuso como excepciones las denominadas validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica (f.º 81-92).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, en la medida que el traslado de régimen pensional se

efectuó con el lleno de los requisitos de la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Sumado a lo anterior, indicó que para obtener la declaratoria de la nulidad del acto jurídico de traslado, se requiere demostrar que efectivamente la A.F.P. omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la persona interesada, sin embargo, dicho supuesto no se cumple en este caso ya que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del R.A.I.S. y no existen presupuestos fácticos y probatorios para acceder a esta pretensión.

Propuso las excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, la innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debido asesoría del fondo (f.º 130-136).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 77).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 28 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado del demandante al R.A.I.S.; como consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, gastos de administración y bono pensional, si a ello hubiere lugar; ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado en el R.P.M. en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado y condenó en costas a las

demandadas.

En lo que interesa a la alzada, consideró que la A.F.P. PORVENIR S.A. no suministró la información clara, precisa y detallada al accionante sobre su situación pensional, toda vez que, entre otros, para la fecha del traslado el mismo ya contaba con más de 1.000 semanas cotizadas en el R.P.M., es decir, cumplía con uno de los requisitos para acceder a su pensión de vejez cuando cumpliera la edad requerida. Sumado a ello, COLPENSIONES omitió dar respuesta a la solicitud de afiliación realizada por el demandante en el año 2006, fecha para la cual éste no estaba inmerso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, ya que de haberse dado respuesta posiblemente no se estaría llevando a cabo este proceso.

Respecto de la excepción de prescripción, señaló que no se cumplen los requisitos contemplados en los Artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo, ya que la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a tener su valor real es imprescriptible, razón por la cual, de conformidad con lo establecido en el Artículo 48 de la Constitución Política, la ineficacia del traslado también lo es en la medida que su declaratoria le permite al peticionario obtener la satisfacción de su derecho pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación para que sea revocada totalmente la sentencia proferida por *a quo*, ya que, de acuerdo con el Artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se alegó ni demostró ningún tipo de dolo que permita declarar dicha ineficacia. Sumado a ello, respecto de la manifestación hecha por el demandante de que no se le brindó ninguna información y que

únicamente se le indicó que el I.S.S. se iba a acabar, manifestó que ésta A.F.P. puede validar que efectivamente fueron muchos los afiliados que tuvieron que demandar a ésta entidad para que reconociera su pensión ya que efectivamente tuvo un problema económico bastante grande, por lo que la información brindada no fue errónea, sino al contrario, ésta A.F.P. siempre ha sido diligente puesto que para el momento del traslado dicha información se proporcionaba de manera verbal y no existía obligación de probar la misma más allá que con el formulario de afiliación.

Señaló, que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, que fue declarada exequible mediante sentencia de constitucionalidad 1024 de 2004, precisamente poniendo aspectos de interés general por encima del particular ante la protección del sistema general de pensiones y por la no descapitalización del R.P.M..

Respecto de las solicitudes que pudo haber realizado el empleador, indicó que éstas efectivamente se hicieron pero ante COLPENSIONES, por lo que PORVENIR S.A. no tuvo conocimiento de las mismas, para la época en que el demandante quiso efectuar ese traslado.

Respecto los gastos de administración, arguyó que los mismos no forman parte integral de la pensión, por lo que son susceptibles del fenómeno prescriptivo, sumado a que, de acuerdo con el concepto emitido por la Superintendencia Financiera, el 17 de enero en el cual se manifiesta qué dineros se deben retornar, éste rubro no se encuentra contenido allí.

COLPENSIONES, solicitó que se revoque la sentencia en lo desfavorable a esta entidad, toda vez que el juzgador de primera

instancia dejó de lado el principio de relatividad de las obligaciones ya que COLPENSIONES es un tercero de buena fe en el acto jurídico celebrado entre la A.F.P. y el demandante. Indicó que fue la A.F.P. la que no realizó la debida asesoría al demandante al momento del traslado ya que para esa data el mismo si bien no contaba con la edad, si tenía el número de semanas exigido para acceder a la pensión de vejez, razón por la cual la A.F.P. debió haber hecho un estudio profundo e individual frente a este traslado.

Arguyó, que si bien para el año 2006, se le solicitó traslado de régimen pensional del demandante, debe tenerse en cuenta que para ese momento existía una multivinculación del demandante, ya que si bien éste se encontraba afiliado a Horizonte, hoy PORVENIR S.A., su empleador seguía haciendo cotizaciones al I.S.S., por lo que en dicho momento COLPENSIONES no dió contestación a dicha solicitud.

Finalmente, indicó que la declaratoria de dicha ineficacia afecta gravemente la sostenibilidad financiera del R.P.M. por lo que de confirmarse la decisión, quien debe acarrear las consecuencias negativas de la misma es la A.F.P. que omitió el deber de información.

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)** el demandante nació el 11 de junio de 1956 (f.º 11); **ii)** que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 3 de abril de 1973 un total de 712,58 semanas (f.º 95); **iii)** que el 25 de julio de 2001 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., afiliación que fue efectiva hasta el mes de junio de 2006, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 147).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 62 y 147, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 25 de julio de 2001, con la A.F.P. Horizonte S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»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. HORIZONTE, Hoy PORVENIR S.A. el 25 de julio 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. 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 julio de 2020, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Admoción de voto.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



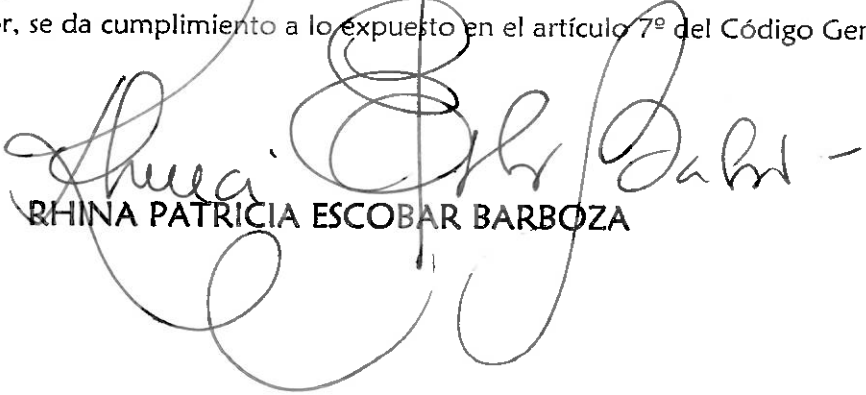
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JOSÉ ANTONIO APONTE MORENO
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105032201900061-01
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 **BLANCA INÉS MALDONADO ALMONACID** en contra de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 032 2019 00139 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 resolver el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**. y surtir el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2020, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que COLFONDOS S.A. la asesoró equivocadamente en el momento del traslado de régimen pensional, sumado a que nunca le entregó ni le presentó una simulación pensional y/o proyecto de pensión con anterioridad a la afiliación a esa entidad; consecuentemente, se declare la nulidad de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se ordene a COLFONDOS S.A. a devolver todos valores que ésta hubiere recibido con motivo de su afiliación a COLPENSIONES, quien deberá aceptar y/o reactivar la afiliación de la aquí demandante en este régimen.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 6 de enero de 1960; realizó aportes en el extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES, desde el 18 de marzo de 1988, entidad para la cual cotizó un total de 328 semanas; el 17 de junio de 1994, se trasladó a COLFONDOS S.A., sin haber obtenido información respecto de las consecuencias que acarrearía ese traslado de régimen pensional, sumado a que, COLFONDOS S.A. no la notificó ni la asesoró respecto de la posibilidad de trasladarse al R.P.M. cuando le faltaren menos de 10 años para llegar a la edad de la pensión de vejez, surgida con ocasión a la expedición de la Ley 797 de 2003, y el Decreto 3800 del mismo año.

Indicó, que solicitó a COLPENSIONES “traslado y/o nueva afiliación a dicho fondo para pertenecer al R.P.M.”, sin embargo, su solicitud fue negada por esta entidad argumentando que se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse. Así las cosas, indicó que el motivo por el que solicita la nulidad de traslado se basa en que, una vez estudiada su situación

pensional, el monto de su mesada pensional en la A.F.P. COLFONDOS S.A. es menor que el que recibiría estando afiliada al R.P.M., ya que, aunque no es beneficiaria del régimen de transición, éste se liquidaría teniendo en cuenta los últimos 10 años de Ingreso Base de Cotización, y así, su mesada pensional sería más favorable.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 2 de abril de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 44).

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones y argumentó que como quiera que no le constan las circunstancias en que se llevó a cabo el traslado de la demandante, deberá probarse dentro del proceso los engaños u omisiones que pudo cometer la A.F.P. COLFONDOS S.A., ya que era ésta la que tenía el deber de brindar la información idónea a sus potenciales afiliados. Aunado a ello, indicó que el traslado de régimen efectuado por la demandante se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, razón por la cual, ésta deberá probar vicio en el consentimiento para efectos de determinar si es procedente su retorno al R.P.M.

En su defensa, propuso como excepciones las denominadas validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica (f.º 52-66).

COLFONDOS S.A., inicialmente se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que sí brindó asesoría integral y completa a la demandante respecto de las implicaciones del traslado de régimen pensional, sus características, funcionamiento, diferencias con el

R.P.M., la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, sobre la forma como se construyen las pensiones en el R.A.I.S., entre otras, lo que conllevó que la demandante de manera libre, voluntaria y espontánea se trasladara de administradora de fondos de pensiones; que respecto de los vicios del consentimiento, el error de hecho no se configura en este caso, y que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que la acción de nulidad se encuentra prescrita.

Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del 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, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento y la innominada o genérica (f.º 94 - 110).

En audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y S.S., se allanó a la demanda; sin embargo, el Juez manifestó que pese a que dicha manifestación de la A.F.P. generaría la declaración de ineficacia del traslado, la misma también tiene incidencia directa sobre un tercero, esto es, COLPENSIONES, por lo cual declaró que el mismo es ineficaz

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 30 de junio de 2020, declaró la nulidad del traslado de la

demandante efectuada en 17 de junio de 1994, al R.A.I.S. administrado por COLFONDOS S.A.; ordenó a COLPENSIONES a recibir y afiliar a la demandante al R.P.M. sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al extinto I.S.S. al momento del traslado, consecuentemente, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, el porcentaje de administración y el bono pensional si a ello hubiere lugar; finalmente, condenó en costas a COLFONDOS S.A., y concedió el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Consideró, que la A.F.P. COLFONDOS S.A. quebrantó el principio de la buena fe contractual al no difundir información clara, precisa, concisa y detallada del valor de la mesada de la demandante, de las características de uno y otro régimen pensional, sus condiciones y circunstancias pensionales, sus posibles contingencias pensionales, entre otros, para que la demandante tuviera la información necesaria para confrontar con facilidad cuál era el régimen pensional que más le convenía, ya que ésto no se puede probar únicamente con el diligenciamiento del formulario de afiliación.

Respecto de la excepción de prescripción, señaló que no se cumplen los requisitos contemplados en los Artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo, ya que la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a tener su valor real es imprescriptible, razón por la cual, de conformidad con lo establecido en el Artículo 48 de la Constitución Política, la ineficacia del traslado también lo es en la medida que su declaratoria le permite al petitionario obtener la satisfacción de su derecho pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia para que ésta fuese revocada en lo que le fuese desfavorable, toda vez que en el proceso de traslado de régimen pensional de la demandante a la A.F.P. COLFONDOS, COLPENSIONES es un tercero de buena fe que no tendría por qué acarrear consecuencias positivas o negativas con la declaratoria de nulidad, sumado a que, quien tenía la obligación de brindar la información necesaria al momento del traslado a la afiliada era el fondo privado. Finalmente, arguyó que la decisión de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 6 de enero de 1960 (f.º 22); **ii)** que al 1.º de abril de 1994, tenía un total de 315 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 30); **iii)** y que el 17 de junio de 1994, con fecha de efectividad el 1.º de julio del mismo año, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 29 y 116).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra

el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas

todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 29 y 116, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 17 de junio de 1994, con fecha de efectividad el 1.º de julio del mismo año, con la A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, 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 del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, *“(…) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*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. COLFONDOS S.A. el 17 de junio de 1994, con fecha de efectividad el 1.º de julio del mismo año, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

³ 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 30 de junio de 2020, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

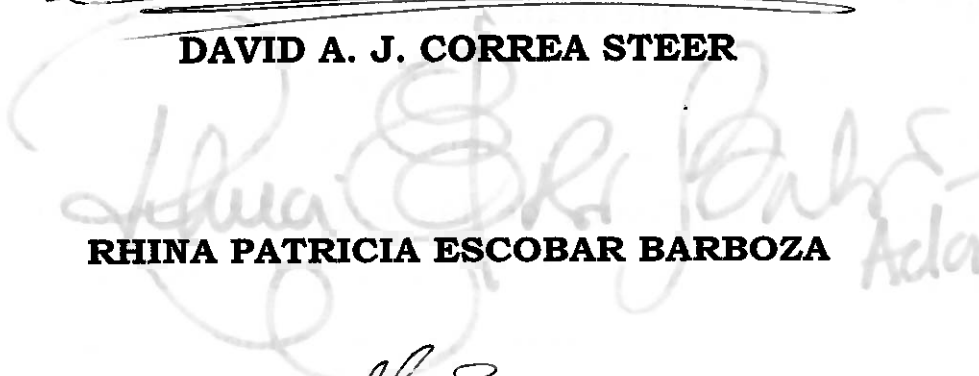
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



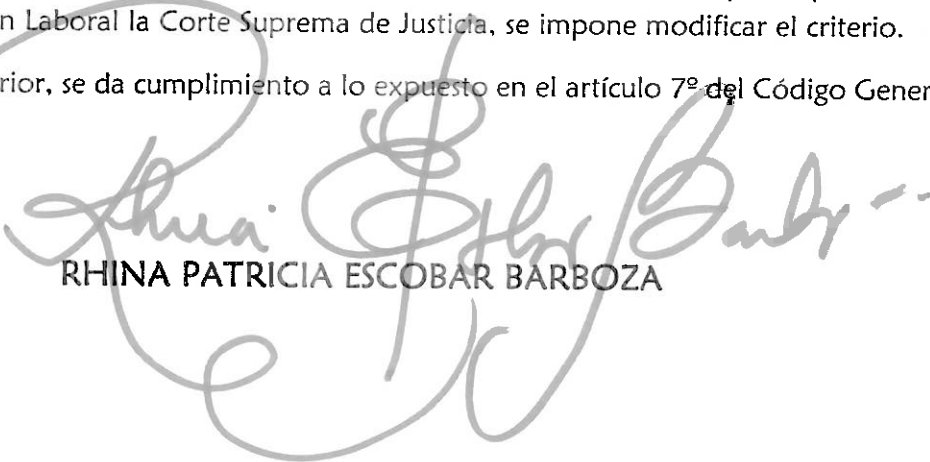
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	BLANCA INÉS MALDONADO ALMONACID
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105032201900139-01
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 **MARITZA BONILLA ESPADA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 034 2018 00658 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 resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 30 de julio de 2020, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare nulidad del traslado al R.A.I.S. a través de PORVENIR S.A. por el incumplimiento de los deberes legales de información y de asesoría, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento; por lo que se encuentra válidamente afiliada al R.P.M.; consecuentemente, condenar a PORVENIR S.A. a registrar en su sistema de información que su afiliación al R.A.I.S. estuvo viciada de nulidad por error de hecho, por el incumplimiento de los deberes legales de información; se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; se condene a las demandadas al pago de las costas procesales, incluyendo agencias en derecho y se apliquen las facultades ultra y extra petita.

Subsidiariamente, pretendió que se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado al R.A.I.S. a través de PORVENIR S.A. por el incumplimiento de los deberes legales de información y de asesoría, y como consecuencia se ordenen, igualmente, las anteriores condenas.

Para el efecto, manifestó que nació el 20 de agosto de 1963; que empezó a cotizar al extinto I.S.S. desde el 31 de octubre de 1984 y cotizó en dicha entidad hasta el 15 de junio de 1993, de manera interrumpida; que en marzo de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo PORVENIR S.A.; que el asesor de ésta A.F.P. no le informó al momento de la afiliación de las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, de la naturaleza propia de éste régimen de capitalización, de las desventajas o riesgos de la afiliación, ni la ilustró sobre los beneficios de permanecer

afiliada al R.P.M., además, no realizó una comparación sobre los distintos escenarios de pensión en uno y otro régimen.

Señaló, que reclamó administrativamente a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. el 18 de septiembre de 2018, solicitando la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero las demandadas no accedieron a lo pretendido (f.º 49-68).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 7 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 71).

PORVENIR S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora, y en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, ya que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera, sumado a que, prueba de que la demandante tomó una decisión informada y consciente es la suscripción del formulario de vinculación o traslado al R.A.I.S., ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones de éste régimen pensional.

Arguyó, que tampoco existe prueba alguna de donde se desprenda que el asesor de ésta A.F.P. actuó de manera dolosa o forzó a la demandante para que suscribiera el formulario de vinculación o traslado al R.A.I.S., y tampoco podría hablarse de un vicio por error de derecho porque de conformidad con lo dispuesto en el Código civil, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, por lo que un error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica (f.º 89 - 99).

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que para el momento en que la demandante realizó solicitud de traslado al R.P.M. ante ésta entidad, esto es, el 18 de septiembre de 2019, la misma ya contaba con 49 años de edad, por lo que se encontraba inmersa dentro de la prohibición de traslado consagrada en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sumado a que no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1.º de abril de 1994, en virtud de lo establecido en la sentencia SU 062 de 2010, por lo que dicho traslado resultaría improcedente. Indicó además, que pese a que la nulidad pretendida se fundamenta en la falta del deber de información, dicha afirmación no se encuentra acreditada dentro del expediente, por lo que la afiliación de la demandante es válida.

Propuso las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción y la innominada o genérica (f.º 128 - 139).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 126).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de julio de 2020, declaró la nulidad del traslado realizado por

la demandante del R.P.M. al R.A.I.S. efectuado el 1 de marzo de 1996, a través de la A.F.P. PORVENIR S.A.; consecuentemente, condenó a PORVENIR S.A. a reintegrar a COLPENSIONES, y a ésta a recibir, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como son cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Respecto del deber de información de las A.F.P. y la carga probatoria de éstas ante el afiliado lego que solicita el traslado, por lo que de conformidad con la Sentencia SL 4964 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, consideró que COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. tenía la obligación de brindar una asesoría adecuada al potencial afiliado desde su creación, ya que de ello dependía la escogencia de su régimen pensional, razón por la cual las A.F.P. deben garantizar que existió la toma de una decisión informada, y que esto fue lo que determinó que la afiliada de manera autónoma, libre, voluntaria y consciente escogiera el R.A.I.S., por lo que se le debían informar los riesgos, ventajas y desventajas de su traslado de régimen, lo cual no se prueba sólo con la suscripción del formulario de traslado.

Como consecuencia de lo anterior, manifestó que PORVENIR S.A., incumplió con sus deber de información al no ser diligente en la entrega de dicha información al afiliado, por lo que el traslado de la demandante resulta engañoso y desprovisto de buena fe por parte de ésta A.F.P.

Respecto de la excepción de prescripción, señaló que la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a tener su valor real es imprescriptible, razón por la cual, de conformidad con lo establecido

en el Artículo 48 de la Constitución Política y con la SL 1688 de 2019, la ineficacia del traslado también lo es en la medida que su declaratoria le permite al peticionario obtener la satisfacción de su derecho pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por la juez de primera instancia. Manifestó, que el traslado de régimen pensional de la demandante fue válido, y que dentro del proceso no se probaron los vicios del consentimiento para que pueda ser declarada la nulidad o ineficacia del traslado.

Indicó, que Colpensiones es un fondo común que maneja dineros del estado, razón por la cual este tipo de decisiones judiciales afectan el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la demandante no ha contribuido con la solidaridad del mismo, sumado a que se encuentra dentro de la prohibición de traslado contemplada en la Ley 797 de 2003.

Por último, solicitó no ser condenada en costas, toda vez que ésta entidad es un tercero de buena fe que no participó en el traslado.

PORVENIR S.A. solicitó que se revoque la sentencia en lo desfavorable a ésta A.F.P. Indicó que no existen los fundamentos fácticos para declarar la nulidad del traslado de la demandante, ya ésta A.F.P. Cumplió con el deber de información que se le exigía para ese momento, lo que evidencia que el mismo se realizó de forma libre, voluntaria y sin presiones, cumpliendo los requisitos del Artículo 97 de la Ley 663 de 1993.

Sumado a lo anterior, arguyó que la demandante se benefició de su pertenencia en el R.A.I.S. porque pudo hacer uso de mecanismos adicionales en éste régimen, ya que con ésta afiliación pudo realizar la compra de una vivienda, ya que se le facilitó un crédito por medio de éste régimen por medio de su aporte a pensiones voluntarias.

Respecto de la devolución de los gastos de administración, señaló que éstos son un descuento autorizado por la Ley 100 de 1993 que efectúan las A.F.P., de manera que constituirían un enriquecimiento sin justa causa de COLPENSIONES, sumado a esto, manifestó que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, por lo que es válido que la demandante alegue la falta de información sobre las características del R.A.I.S. ya que las mismas se encuentran en la Ley 100 de 1993.

Por último, solicitó al ad quem realizar un estudio macroeconómico de éste tipo de traslados, ya que como lo hizo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019, los mismos fueron negados porque atentan contra la sostenibilidad del sistema.

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 20 de agosto de 1963 (f.º 3); **ii)** que a 1.º de abril de 1994, tenía un total de 398,29 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (f.º 18); **iii)** y que el 1.º de marzo de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colpatria, hoy PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 101), donde actualmente se encuentra vinculada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 101, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 1.º de marzo de 1996, con la A.F.P. Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que 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.

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 AFP PORVENIR S.A. el 1.º de marzo de 1996, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de julio de 2020, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

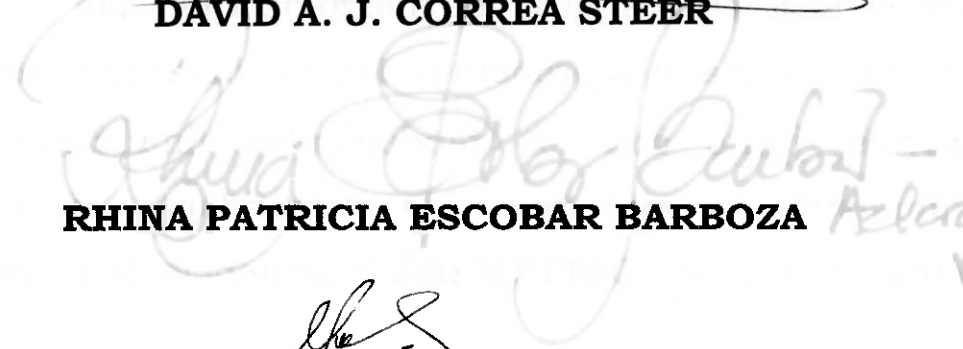
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

*Alcancía de
Rb*



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

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

ACLARACIÓN DE VOTO

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

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

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

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



Rama Judicial

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

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

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

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. S.', written over a circular official stamp.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to be 'Rhina Patricia Escobar Barboza', written over a circular official stamp.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUIS GUILLERMO SERRANO VELASCO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 035 2019 00024 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 resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación por falta de cumplir con el deber de información del demandante a cargo de la A.F.P. PORVENIR S.A.; consecuentemente, que se declare la nulidad e invalidez del acta o formulario de afiliación mediante el cual se afilió al R.A.I.S.; que se declare que para efectos pensionales continúa afiliado al R.P.M.; que se condene a PORVENIR S.A. a realizar la devolución de los aportes al R.P.M. administrado por COLPENSIONES, que se condene al pago de las costas y gastos procesales, incluidas las agencias en derecho y que se apliquen las facultades extra y ultra petita.

Para el efecto, manifestó que nació el 1.º de agosto de 1955; que se afilió al R.P.M. administrado por el extinto I.S.S. desde el mes de marzo de 1975; que el 27 de mayo de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo PORVENIR S.A.; que el asesor de ésta A.F.P. lo indujo a realizar el traslado de régimen, con la promesa de que en el R.A.I.S. su pensión sería superior a la que le correspondería en el R.P.M., que podía retirar los aportes cuando lo deseara, pensionarse a cualquier edad y dejar como herederos a familiares para que esos ahorros no se perdieran en caso de fallecimiento, que el Seguro Social iba a ser liquidado y de no cambiarse de régimen perdería sus aportes; que no le informó que de querer pensionarse de forma anticipada podría perder hasta un 40% de su bono pensional; que no se le suministró información sobre cómo se liquidaría la pensión, ni ninguna información financiera sobre los requisitos que debía cumplir en el R.A.I.S. y en el R.P.M. para llegar a obtener una pensión, ni sobre los pros y contras que le

ocasionarían el traslado de régimen, ni las consecuencias negativas del mismo.

Señaló, que reclamó administrativamente a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES el día 22 de junio de 2017, solicitando la nulidad o invalidez del traslado al Régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, dicha solicitud fue negada (f.º 03-12).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de junio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 50).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; indicó que la afiliación del acto es válida, y de ello obran como soporte las cotizaciones efectuadas por el demandante a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio de consentimiento alegado por el actor.

En su defensa, propuso como excepciones las denominadas validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de los intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica (f.º 57-66).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, puesto que el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentasen la nulidad de la afiliación, sumado a que no se le puede exigir el cumplimiento de requisitos para el traslado que surgieron después del mismo.

Indicó, que no se logró evidenciar soporte alguno de la existencia de los supuestos de hecho que permitan acreditar error, fuerza o dolo, más aún cuando las características, condiciones, ventajas y desventajas del R.A.I.S. se encontraban claramente establecidos en la ley, por lo que si el demandante hubiese sido diligente, habría podido constatar, además de la información otorgada en su momento, las condiciones del régimen por él seleccionado.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (f.º 104 - 130).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 51).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 6 de agosto de 2020, declaró nulo el traslado del demandante al R.A.I.S. con la A.F.P. HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., y como consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, y a ésta a recibir, todos los aportes realizados junto con sus rendimientos; condenó a PORVENIR S.A., a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció afiliado el actor en la A.F.P., y la condenó en costas.

En lo que interesa a la alzada, consideró que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte de Suprema de Justicia, principalmente con la sentencia SL 1688 de 2019, en los procesos en que se solicita la ineficacia del traslado de régimen pensional, se

invierte la carga de la prueba, por lo que era la A.F.P. PORVENIR S.A. la que debía probar que brindó al demandante la información correcta y suficiente al momento del traslado pensional.

Indicó, que el demandante afirmó que dicha omisión en la información conllevó a que su mesada pensional en el R.A.I.S. fuese inferior a la que le correspondería en el R.P.M., por lo que de conformidad con el Artículo 167 del Código General del Proceso, en este caso, es al demandante al que le corresponde probar la causación de tal perjuicio, lo cual el mismo acreditó con la proyección realizada por PORVENIR S. A., y que reposa en el expediente, por lo que accedió a las pretensiones de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, apeló la sentencia e indicó, que no hay lugar a declarar la nulidad del traslado del demandante ya que dentro del proceso no se acreditó vicio del consentimiento que diese lugar al mismo, sumado a que la decisión que tomó el demandante de trasladarse la hizo de manera consciente, voluntaria y sin presiones, tal como se acredita con la firma del formulario de afiliación, lo cual no es un mero requisito formal, sino es una expresión inequívoca de permanecer al mismo, razón por la que la afiliación goza de plena validez.

Manifestó, que la insuficiencia en la información no conlleva automáticamente a la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen, pues la misma no puede afectar el consentimiento, sino solamente podría generar, a lo sumo, una nulidad relativa en los términos del Artículo 1741 del Código Civil.

Solicitó, que sean tenidas en cuenta las afirmaciones realizadas por el demandante en el interrogatorio de parte, de donde se puede evidenciar que éste sí recibió asesoría, que tenía conocimiento de las características del sistema, y que no cumplió con sus obligaciones como consumidor financiero en cuanto a su deber de informarse sobre el sistema general de pensiones, y sobre las implicaciones de su decisión, lo cual estaba en capacidad de hacer.

Se opuso a la devolución de las comisiones y gastos de administración, toda vez que a los mismos debe aplicarse el fenómeno de la prescripción y de conformidad con el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993, así el demandante hubiese estado afiliado al R.P.M. una parte de sus aportes se hubieren trasladado a cubrir los gastos de administración y los seguros de invalidez y sobrevivencia, por lo que al generarse esta condena se desconoce la gestión efectuada por el fondo, lo que genera una contradicción, ya que se ordenó la devolución de los rendimientos efectuados por el mismo.

Finalmente, señaló que de ser confirmada la decisión en segunda instancia, el traslado debe efectuarse de conformidad con el Artículo 7.º del Decreto 3995 de 2018.

La demandada **COLPENSIONES**, apeló la sentencia para que sea revocada en su totalidad. Señaló, que pese a que la sentencia se basa en el Artículo 1604 del Código Civil, ésta desconoce otras normas del mismo estatuto, ya que la afiliación a un fondo de pensiones es un acuerdo de voluntades, lo que se convierte en un contrato que genera obligaciones correlativas y que comprende algunas características tales como que el mismo es formal, libre y voluntario, bilateral y de obligatorio cumplimiento por las partes.

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

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

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

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»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 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE, el 27 de junio de 1994, conforme al formulario de afiliación; y donde se trasladó a la A.F.P. COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., el 28 de abril de 1999, 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

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

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

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 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

sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 25 y 184, se avizora el formulario que el demandante, el 27 de junio de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso; y a folio 183, se encuentra el formulario del 28 de abril de 1999, donde se trasladó a la A.F.P. COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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)** el demandante nació el 1.º de agosto de 1955 (f.º 47); **ii)** que cotizó al R.P.M. desde el 12 de julio de 1980 (f.º 24); **iii)** que al 1.º de abril de 1994, tenía un total de 359 semanas cotizadas al R.P.M.; **iv)** que el 27 de junio de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 25 y 184) **v)** y que el 28 de abril de 1999, se afilió a la A.F.P. COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. (f.º 183), donde actualmente se encuentra vinculado.

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

Manifestó, que de aceptarse el retorno del demandante al R.P.M. se contribuiría con la descapitalización del sistema general de pensiones, ya que de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencias C-1024 del 2004, SU-062 del 2010 y en la SU-130 del 2013, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, lo que pone en peligro el derecho fundamental a seguridad social de los demás afiliados.

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.

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 6 de agosto de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA LUISA LATORRE CASTRO** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 035 2019 00066 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 DC, 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 la demandante y las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del R.P.M. al R.A.I.S. por lo que resultan nulas o ineficaces las afiliaciones a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia, se declare que para todos los efectos jurídicos, siempre ha permanecido afiliada, sin solución de continuidad, al R.P.M. Así mismo, se ordene a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, y a éste a recibir, todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que estuvieron en poder de las administradoras. Finalmente, se condene a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados.

Subsidiariamente, pretendió que se declare inexistente el acto por medio del cual la demandante se trasladó del R.P.M. al R.A.I.S., por lo que resultan inexistentes las afiliaciones a las A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y se ordenen las anteriores condenas.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 6 de mayo de 1961; estuvo afiliada y cotizó al R.P.M. administrado por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 2 de julio de 1987; que en el mes de septiembre de 1998, por no recibir información técnica y adecuada, se trasladó al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A.; que posteriormente, en abril de 1999, suscribió formulario de afiliación con COLMENA AIG, hoy PROTECCIÓN S.A.

Indicó que el R.A.I.S. le es desfavorable en comparación con el R.P.M. ya que la edad para pensionarse y el monto de su mesada

pensional son desventajosos; que su consentimiento en el traslado de régimen pensional adolece de nulidad absoluta, por lo que de acuerdo con el Artículo 53 de la Constitución Política y por la notable desmejora en el monto de la pensión, el traslado no puede producir efectos; que no se le informaron los riesgos del traslado, ni que su mesada pensional podría ser inferior a la del R.P.M.; que no se podría pensionar si su capital ahorrado resultase insuficiente; que no le explicaron las distintas modalidades de pensión ni que el valor de su pensión dependería de la escogencia de una de ellas; que no le informaron que era un bono pensional, ni que su negociación implicaría un importante sacrificio financiero.

Finalmente, indicó que debido a la falsa expectativa creada por el fondo privado y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir luego de la vida laboral, ha tenido un gran impacto emocional, manteniendo un estado de angustia permanente al no tener asegurado un ingreso acorde con su calidad de vida.

Reclamó administrativamente a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, el día 31 de julio de 2018, pero las peticiones fueron negadas (f.º 4-23).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 95).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; indicó que la afiliación del acto es válida, y de ello obran como soporte las cotizaciones efectuadas por el demandante a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra

soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio de consentimiento alegado por el actor.

En su defensa, propuso como excepciones las denominadas validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de los intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica (f.º 99-109).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a las pretensiones, en la medida en que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la ineficacia o la nulidad de la afiliación y la omisión al deber de información por parte de Porvenir al momento del traslado de régimen, en consecuencia, se encuentra válidamente afiliada al R.A.I.S. en la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., por lo que no hay razones para declarar su pertenencia al R.P.M. Indicó, que al momento del traslado de régimen a la demandante se le brindó la información suficiente y necesaria, a fin de que eligiera el régimen que mejor se adaptara a sus intereses, situación que estuvo mediada por una decisión libre y voluntaria, sumado a ello, señaló que la demandante no acredita el cumplimiento de los requisitos para la reparación del daño, esto es, la existencia de un hecho culposo, un daño y el nexo de causalidad.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (f.º 164 - 190).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, y en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante, alegando que el mismo es un acto existente, válido y

exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se evidencia con la firma del formulario de afiliación.

Arguyó, que la demandante no puede basar sus pretensiones en expectativas económicas respecto del valor de su mesada por vejez, ya que un acto es nulo por vicios en el consentimiento y no por la favorabilidad económica de un acto jurídico.

Además, indicó que la información suministrada a la demandante fue acorde con las disposiciones legales, y que su decisión de trasladarse de régimen pensional fue libre de presión y engaños, teniendo en cuenta que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen.

Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficiencia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P.: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y la innominada o genérica (f.º 203 - 221).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 6 de agosto de 2020, declaró nulo el traslado efectuado por la demandante al R.A.I.S. con la A.F.P. PORVENIR S.A., y como consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN S.A., a la que se encuentra afiliada actualmente, a trasladar a COLPENSIONES, y a ésta a recibir, todos los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenó a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció afiliada la demandante en cada una de las A.F.P. y condenó en costas a PORVENIR S.A.

En lo que interesa a la alzada, consideró que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte de Suprema de Justicia, principalmente con la sentencia SL 1688 de 2019, en los procesos en que se solicita la ineficacia del traslado de régimen pensional, se invierte la carga de la prueba, por lo que era la A.F.P. PORVENIR S.A. la que debía probar que brindó a la demandante la información correcta y suficiente al momento del traslado pensional.

Indicó, que la demandante afirmó que dicha omisión en la información conllevó a que su mesada pensional en el R.A.I.S. fuese inferior a la que le correspondería en el R.P.M., por lo que de conformidad con el Artículo 167 del Código General del Proceso, en este caso, es la actora a la que le corresponde probar la causación de tal perjuicio, lo cual se acreditó con la proyección realizada por PROTECCIÓN S.A. y que reposa en el expediente.

Finalmente, respecto de la pretensión de reconocimiento y pago de perjuicios morales a cargo de las A.F.P. demandadas, consideró que no se encuentra prueba dentro del expediente que acredite en qué consistió el detrimento ocasionado y su cuantía, razón por la cual, no accedió a esta pretensión de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación respecto de la condena en costas, toda vez que de conformidad con el Numeral 1.º del Artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, por lo que debió haberse condenado también a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, ya que éstas entidades se opusieron en forma activa a las pretensiones de la demanda, y la condena en costas es una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su totalidad la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que se dejan de lado las disposiciones del Código Civil respecto de la reciprocidad de las obligaciones y de la celebración de contratos como el de afiliación, que constituye un acuerdo de voluntades.

Agregó, que de conformidad con la Sentencia SL 17595 del 2017, el deber de información existe a la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego, por lo que debe tenerse en cuenta que la demandante en el interrogatorio de parte indicó conocer la existencia de la Ley 100 de 1993 y trabajar en la Secretaría de Salud en la administración de aseguramiento implementando las políticas del régimen subsidiado, sumado a que tiene estudios de

doctorado en Salud pública y una amplia hoja de vida, por lo que debe ser considerada como conocedora de los regímenes pensionales.

Indicó, que la demandante realizó traslados horizontales y que la misma guardó silencio ante las A.F.P. entre el año 1999 al 2018, sumado a que declarar el retorno al R.P.M. ayudaría considerablemente a la descapitalización del sistema pensional.

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación solicitando que fuese revocada la sentencia, toda vez que dentro del proceso se pudo evidenciar que la afiliación de la actora fue por decisión libre, espontánea, sin presiones, informado, muestra de que recibió asesoría de manera verbal respecto de las condiciones y características propias de los dos regímenes pensionales, lo que se evidencia con lo dicho por la demandante en su interrogatorio de parte y con la suscripción de los formularios de afiliación.

Dijo, que no se puede pasar por alto la decisión de ratificación realizada por la demandante con el traslado horizontal, ya que de conformidad con las Sentencias SL 52704 y SL 403, ambas del 2018, hay ocasiones en las que los afiliados generan manifestaciones inequívocas de la voluntad de pertenecer a uno u otro régimen pensional.

Frente a los gastos de administración, indicó que los mismos encuentran sustento en la Ley 100 de 1993, pues se destinan para cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, y durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a ésta A.F.P. se garantizaron.

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación frente al numeral segundo de la sentencia, esto es, la condena de devolución de comisiones de administración, toda vez que la deducción por este

concepto de la cuenta de ahorro individual de la demandante se realizó como consecuencia de una actuación legal, válida, exigible, aplicable y vigente, las cuales ya fueron pagadas.

Expresó, que en el hipotético caso en que, se confirme la nulidad o ineficacia del traslado y proceda la devolución por estos conceptos a Colpensiones, también debería proceder entonces la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliada la demandante a ésta A.F.P., pues los mismos se generan por la buena administración, y en ese sentido, sólo habría lugar a que se trasladen los aportes, pero sin 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 el traslado de régimen pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad por no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: *i)* la demandante nació el 6 de mayo de 1961 (f.º 24); *ii)* cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de julio de 1987 (f.º 32); *iii)* que a 1.º de abril de 1994, tenía un total de 221.86 semanas cotizadas en el R.P.M.; *iv)* que el 1.º de septiembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 30 y 240) y el 5 de abril de 1999 se trasladó a COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., donde actualmente continúa afiliada (f.º 307).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra

el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas

todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con

sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 30 y 240, se avizora el formulario que el demandante suscribió el 1.º de septiembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, y a folio 307, se tiene que el 5 de abril de 1999, se trasladó a COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., donde actualmente continúa afiliada, por lo cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”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 aparea que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»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., 1.º de septiembre de 1998, y posteriormente, a COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., donde actualmente continúa afiliada, el 5 de abril de 1999, 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.

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

Finalmente, sobre la inconformidad 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.

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 6 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado 35 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.

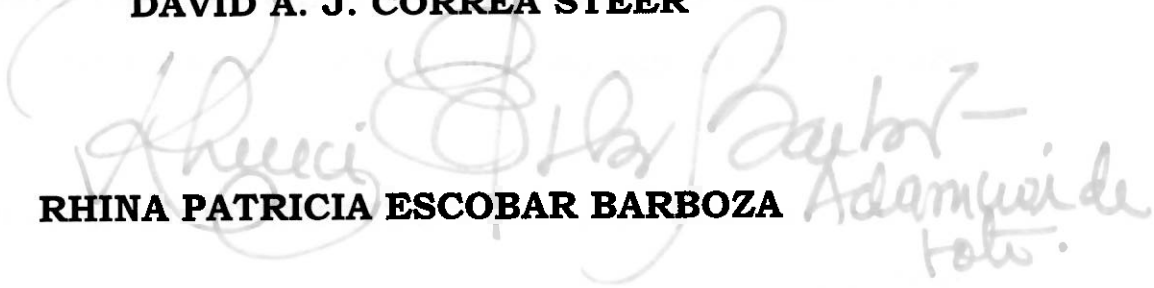
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **HELBERTH ENRIQUE RAMÍREZ CARRETERO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 035 2019 00363 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 resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de junio de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, 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 por vicios en el consentimiento relacionados con la falta u omisión del deber de información veraz, oportuna, clara y suficiente por parte de la A.F.P. PORVENIR S.A.; consecuentemente, que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la cuenta de ahorro individual, junto con sus respectivos rendimientos financieros a COLPENSIONES, quien deberá aceptar al actor en el R.P.M. sin solución de continuidad desde el día 1.º de enero de 1986; que en caso de oposición de las demandadas se condene al pago de las costas y gastos procesales, incluidas las agencias en derecho, y que se apliquen las facultades extra y ultra petita.

Para el efecto, manifestó que nació el 16 de marzo de 1957; que se afilió al R.P.M. administrado por el extinto I.S.S. desde el 1.º de enero de 1986; que el 1.º de marzo de 2001, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo PORVENIR S.A.; que dicho traslado, se efectuó con base en grave error y engaño por parte del asesor del fondo, lo que vició su consentimiento en la libre escogencia y la voluntad de régimen pensional; que ésta A.F.P. no le informó cuál sería el capital necesario para poder ser beneficiario de una pensión de vejez, ni sobre los requisitos que debía cumplir para obtener la garantía de pensión mínima ni los requisitos que debía cumplir para obtener la devolución de saldos si no reunía el capital necesario para pensionarse; que no le manifestó que existía desmejora en la tasa de reemplazo pensional, ni sobre la manera de calcular su posible mesada pensional, entre otras.

Señaló, que la A.F.P. lo indujo en error al manifestar que el I.S.S. sería liquidado y de continuar vinculado a ésta entidad perdería la densidad de semanas cotizadas para pensión, y que los requisitos en el R.A.I.S. eran más flexibles en comparación con el R.P.M., ya que era necesario tener solo 1150 semanas cotizadas para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Además, le manifestó que el monto de su mesada pensional sería mejor en el R.A.I.S. que en el R.P.M., ya que estaría acorde a sus ingresos; y que podría optar por la devolución de los aportes de toda su vida laboral e invertirlos en lo que quisiera, sin especificarle requisito alguno para ello.

Señaló, que reclamó administrativamente a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, los días 7 de noviembre de 2018 y el 6 de diciembre de 2018, respectivamente, solicitando el traslado del Régimen de ahorro individual con solidaridad al Régimen de Prima Media, sin embargo, dichas entidades no dieron respuesta (f.º 46-69).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de junio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 71).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; indicó, que no puede aceptar el traslado del demandante ya que ésta es una pretensión en cabeza de la A.F.P. PORVENIR S.A., además, que no se probaron los vicios del consentimiento como son error, fuerza, dolo y/o demuestre que está cobijado por el régimen de transición.

En su defensa, 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 79-83).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, puesto que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentasen la nulidad de la afiliación, sumado a que no se le puede exigir el cumplimiento de requisitos para el traslado que surgieron después del mismo.

Indicó, que no se logró evidenciar soporte alguno de la existencia de los supuestos de hecho que permitan acreditar error, fuerza o dolo, más aún cuando las características, condiciones, ventajas y desventajas del R.A.I.S. se encontraban claramente establecidos en la ley, por lo que si el demandante hubiese sido diligente, habría podido constatar, además de la información otorgada en su momento, las condiciones del régimen por él seleccionado.

Propuso las excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (f.º 142 - 171).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 26 de junio de 2020, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante y lo condenó en costas.

Inicialmente, consideró que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte de Suprema de Justicia, principalmente con la sentencia SL 1688 de 2019, en los procesos en que se solicita la ineficacia del traslado de régimen pensional, se invierte la carga de la prueba, por lo que era la A.F.P. PORVENIR S.A. la que debía probar que brindó al demandante la información correcta y suficiente al momento del traslado pensional.

Sin embargo, adujo que el demandante, en el escrito de demanda, afirmó que dicha omisión en la información conllevó a que su mesada pensional en el R.A.I.S. fuese inferior a la que le correspondería en el R.P.M., por lo que de conformidad con el Artículo 167 del Código General del Proceso, en este caso, es al demandante al que le corresponde probar la causación de tal perjuicio, el cual no fue acreditado y por lo que no se accedió a las pretensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que sea revocada íntegramente la sentencia proferida por *a quo*, ya que, de acuerdo con las consideraciones él cumple con lo exigido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicados 68838 del 19 de abril de 2019 y la 68852 del 8 de mayo del mismo año, toda vez que la A.F.P. demandada omitió brindar una información completa, clara y oportuna sobre su afiliación al R.A.I.S., lo que conllevó a que fuera inducido a error en la realización de su traslado de régimen pensional.

Dijo que para este caso, la carga de la prueba se invierte para que la A.F.P. PORVENIR S.A. pruebe y demuestre que efectivamente se le dio la información correcta y oportuna al demandante para

efectos de su traslado; por lo que no es procedente que no se haya accedido a la ineficacia del acto de afiliación porque ésta parte no aportó proyección pensional, más aún cuando en audiencia del 9 de junio de 2020, se conminó a la A.F.P. a aportar las pruebas solicitadas en el numeral 2.º de la demanda, donde una de ellas es dicha proyección pensional, con la que se pretendía probar el desequilibrio económico que se presenta frente a la pensión en el R.P.M. y en el R.A.I.S.

I. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 16 de marzo de 1957 (f.º 8); **ii)** que cotizó al R.P.M. desde el 1.º de marzo de 1988 (f.º 30); **iii)** que al 1.º de abril de 1994, tenía un total de 270.82 semanas cotizadas al R.P.M.; **iv)** y que el 6 de febrero de 2001, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 29), donde actualmente se encuentra vinculado.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación

respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda

el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin

presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

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

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

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la

otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una

descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 29, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 6 de febrero de 2001, con la A.F.P. Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del

Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”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 AFP PORVENIR S.A., el 6 de febrero 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. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

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

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

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

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 26 de junio de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del demandante efectuado que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. PORVENIR S.A., el 6 de febrero 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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

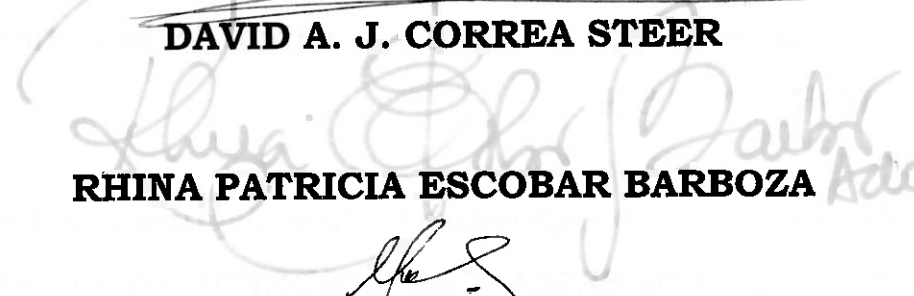
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

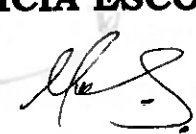
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA