



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FANNY YANETH ACUÑA TORRES** en contra de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 004 2019 00342 01.

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

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

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad e ineficacia del traslado de COLPENSIONES a PORVENIR S.A., y así mismo el traslado de PORVENIR a PROTECCIÓN S.A., debido a la falta de asesoría profesional, por falta de información clara y precisa; que se ordene a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados tales como cotizaciones, bonos y aportes adicionales con todos sus frutos e intereses.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de marzo de 1961; comenzó a cotizar al instituto de seguros sociales el 1.º de marzo de 1980 hasta el 31 de mayo de 1995, cuando fue trasladada a PORVENIR S.A., le reportan traslados entre fondos, a HORIZONTE S.A.; posteriormente a PROTECCIÓN S.A., donde se encuentra actualmente, argumentó que cotizó 668.43 semanas al régimen de prima media con prestación definida; sin embargo, dijo que al momento de su traslado no le fue explicado de manera clara y precisa las consecuencias, ni los beneficios, ni las diferencias significativas en el monto de pensión entre un régimen y otro.

Agregó, que mediante derecho de petición solicitó ante PROTECCIÓN S.A., que le realizaran la proyección pensional, cuanto le correspondería como mesada pensional en el R.P.M.P.D., el I.B.L. a la fecha, y la expedición de la historia laboral incluyéndose los rendimientos, que el 27 de octubre de 2018, se dio respuesta; que el 27 de diciembre de 2018, se elevó petición de traslado a COLPENSIONES, la cual no ha sido respondida de fondo, así mismo, el 27 de marzo de 2019, se

radicó solicitud de traslado a PROTECCIÓN S.A. la cual mediante oficio del 11 de abril de 2019, se resolvió negativamente, sumó que el 27 de marzo de 2019, se radicó solicitud de traslado ante PORVENIR S.A., y hasta la fecha no se ha decidido de fondo dicha solicitud. (f.º 4-7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 20 de junio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 99).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el contrato de afiliación celebrado con la demandante es plenamente valido y produjo efectos jurídicos, ya que en el mismo concurrieron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento, ni se le ocultó información antes del momento en el que firmó el formulario de afiliación.

Y en su defensa, propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al R.A.I.S. con protección, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho e innominada o genérica. (f.º 116-122).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones por carecer de sustento factico y legal, dado que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria, al ejercer su derecho a la libre escogencia de régimen.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos e innominada o genérica. (f.º153-166)

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, ya que argumentó que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la ineficacia o la nulidad de la afiliación a la A.F.P. PORVENIR.

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 194-212)

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de agosto de 2020, declaró la ineficacia al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., para así tenerla válidamente afiliada a Colpensiones, condenó a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración,

ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y no ordenó costas, (f.º 343-345).

Señaló el juzgador en primera instancia, que se apoya en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral sentencia SL-17595 de 2017, en esa sentencia, la Corporación señaló que el cambio de régimen era una decisión trascendental para el afiliado, donde las administradoras de pensiones tenían una responsabilidad de carácter profesional, y que ese compromiso debía comprender todas las etapas de la afiliación, desde la antesala de la hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, adujo la Corte también, que la carga de la prueba se invertía a favor del afiliado cuando este señalaba que el fondo no le había brindado la información debida, entonces, como el trabajador no podía acreditar que no recibió la información le correspondía a su contraparte, en este caso, PORVENIR acredita que si la recibió, dado que es quien está en posición de hacerlo; y esa información debía tener aspectos como los citados en la última sentencia en mención.

Dijo, que debía informársele al afiliado las características de los dos regímenes, las condiciones, el acceso, las ventajas y desventajas del traslado, para que así conscientemente, y pudiendo comparar ambos regímenes, el afiliado decidiera con cual quedarse o cambiarse al fondo privado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación, argumentó que el fallador de primera instancia indicó que faltó información por parte de dicha entidad en el momento

de la asesoría, que no se prestó las verdaderas indicaciones conforme a la obligatoriedad de los fondos para la fecha de traslado; igualmente, se reprocha la omisión de la demandante de no haber realizado en traslado anteriormente al fondo público, por no considerar solicitar nuevas asesorías e información respecto a su vinculación, y los actos jurídicos que adoptó, como los son los traslados horizontales, y estos traslados horizontales demuestran la correspondiente voluntad de acción que tiene con los fondos privados y su deseo de pensionarse bajo este régimen.

Sumó además, que los afiliados son consumidores financieros, y por lo tanto, la actora debía actuar con la medida de diligencia lo cual suponía, por lo menos para obtener una información suficiente sobre los actos jurídicos que acogió.

De igual manera, adujo que no se pueden pasar por alto todos los aspectos que regulan el tema pensional, los cuales se encuentran claramente determinados en la ley, y sí se tiene en cuenta que el desconocimiento de ella, no es excusa de conformidad con el artículo 9.º del Código Civil; que dicho afán de conocimiento, no se puede invocar como pretexto para afectar los deberes del mismo, cuando las consecuencias están claramente determinadas en la ley.

Por otra parte, el apoderado de **PROTECCIÓN S.A.**, igualmente interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, en torno de la condena por la devolución de los gastos de administración que recibió hacia Colpensiones, donde argumentó que en la demanda en uno de los hechos hace alusión a una ineficacia o nulidad causada por las acciones de mi representada, sino sencillamente por la aplicación de la jurisprudencia y la ineficacia, consecuente con el primer

traslado, o el traslado al régimen de ahorro individual proveniente de otra administradora, a PROTECCIÓN S.A. llega esta demandante, sencillamente por un traslado entre administradoras del sistema pensional.

Dijo, que Protección no fue la única administradora que recibió gastos de administración del demandante por todos sus aporte pensionales, por el contrario, está probado que estuvo afiliada tanto a HORIZONTE S.A., como a PORVENIR S.A., entidades que apropiaron gastos de administración durante el tiempo en el que duro la afiliación con dichas administradoras, de tal suerte, que PROTECCIÓN S.A. no tiene por qué asumir el 100% de los gastos de administración, cuando dos administradoras más recibieron durante varios años el monto de esa gestión. De igual manera, expuso que ha de tenerse en cuenta que los gastos de administración son gastos que se acusan en ambos sistemas pensionales, las consecuencias que desde el punto de vista de la construcción de la doctrina civil en cuanto a la ineficacia o nulidad de los actos genera el efecto de devolver todo al estado anterior, y que puede ser lo que está fundamentando la posición de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la devolución de los aportes, y que ha de tenerse en cuenta que las consecuencias de la nulidad o ineficacia no pueden ser las mismas tomadas de forma tajante desde el punto de vista civil.

A su vez, **COLPENSIONES** también interpuso recurso de apelación, donde argumentó que debía de tenerse en cuenta que la señora demandante guardó silencio por más de 22 años respecto de la información que le fue proporcionada el 1.º de junio de 1995, que fue cuando decidió trasladarse de manera libre y voluntaria a la A.F.P. Horizonte, lo que permite denotar por parte

de la misma, un abandono respecto de su asunto pensional, solicitó que se tenga en cuenta lo resisado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, en lo que se refiere al cumplimiento del principio de la sostenibilidad financiera al sistema pensional, en donde precisó que justamente el periodo de carencia planteado por el legislador, se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría el fondo común de régimen de prima media, que incluso, afectaría las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional, esto último, en virtud del concepto de principio de equidad consagrada en el artículo 95 de la Carta Política y el de eficiencia pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 15 de marzo de 1961 (f.º 22); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 11 de julio de 1986 hasta el 15 de diciembre de 1995, 668.43 semanas (f.º 56, 169-171); **iii)** que el 10 de mayo de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º de junio de 1995, hasta el 18 de agosto de 1999, fecha en la cual firmó solicitud de traslado de salida a PORVENIR S.A. (f.º 213 a 241); **iv)** finalmente, el 27 de febrero de 2003, se trasladó a pensiones SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., donde actualmente se encuentra vinculada a esta entidad, (f.º 78, 146).

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 10 de mayo de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy

PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º de junio de 1995, hasta el 18 de agosto de 1999, fecha en la cual firmó solicitud de traslado de salida a PORVENIR S.A. (f.º 213 a 241), y finalmente, el 27 de febrero de 2003, se trasladó a pensiones SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., donde actualmente se encuentra vinculada a esta entidad, (f.º 78, 146), 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

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

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. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., el 10 de mayo de 1995, con fecha de efectividad desde el 1.º de junio de 1995, hasta el 18 de agosto de 1999, fecha en la cual firmó solicitud de traslado de salida a PORVENIR S.A. (f.º 213 a 241), y finalmente, el 27 de febrero de 2003, se trasladó a pensiones SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., donde actualmente se encuentra vinculada a esta entidad, (f.º 78, 146), 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.

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

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

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

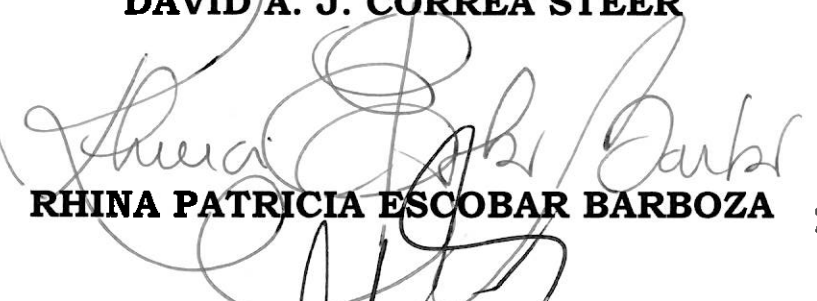
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

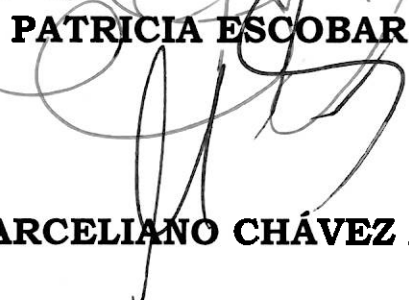
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

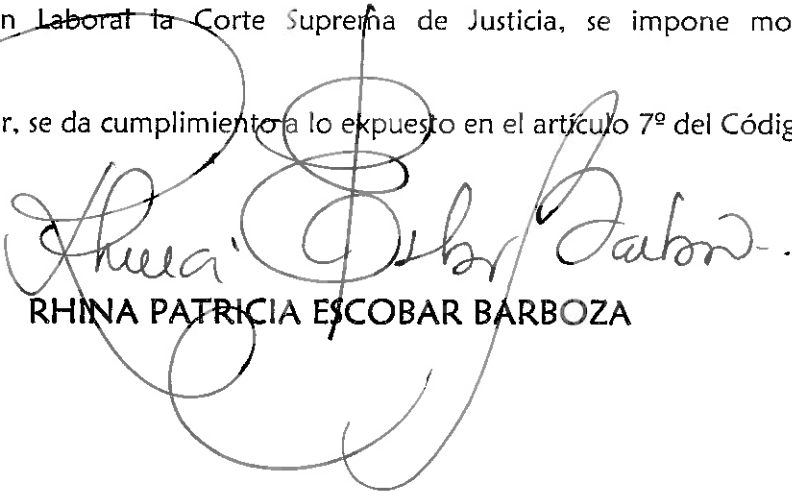
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	FANNY YANETH ACUÑA TORRES
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105004201900342-01
Magistrado Ponente:	DAVID A.J. CORREA STEER

ACLARACIÓN DE VOTO

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

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


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA