



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAVIER DUEÑAS SOLARTE** en contra de **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 012 2018 00382 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 demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de la afiliación a Porvenir S.A., el 27 de mayo de 1996, por existir un engaño, error y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, técnica, clara y precisa; en consecuencia, Colpensiones debe recibirlo, activarlo y afiliarlo en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a Porvenir, trasladar a Colpensiones, la totalidad de los aportes, rentabilidad obtenida, intereses y bonos pensionales (f.º 2).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 2 de mayo de 1960; fue visitado por los asesores de Porvenir, quienes hicieron reuniones colectivas e individuales promoviendo el traslado de los trabajadores de la empresa del demandante a dicho fondo, lo que motivó su traslado de cesantías a con la confianza de y certeza que sus beneficios pensionales serían más favorables que los que ofrecidos por el Instituto de Seguros Sociales.

Agregó, que para el 21 de marzo de 2018, se agotó reclamación administrativa ante Colpensiones, y que hasta la fecha no ha respondido; también, esa ese mismo día se solicitó ante Porvenir la nulidad de la afiliación y la petición fue respondida negativamente el 22 de mayo de 2018. (f.º 5 -6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda, se admitió el 1º de agosto de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 39).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que el acto del demandante fue libre, y voluntaria, y su afiliación fue válidamente registrada en el formulario, el cual contiene su firma; 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 intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones (f.º 40-51).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentó que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales, 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, enriquecimiento sin causa y innominada o genérica (f.º 84-93).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 115, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de marzo de 2020, declaró ineficaz la afiliación efectuada el 27 de mayo de 1996, ante Porvenir S.A.; ordenó a Porvenir, 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 y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad; así mismo, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con los arts. 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra, y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.º 130).

Adujo el juez de primera instancia, que no se observa el hecho de que en el formulario de afiliación no se encuentra una aparente prueba de toda la información que se le ha dado, ni siquiera el mismo (formulario) tenía un derecho de retracto, que es un elemento obligatorio según las directrices de la superintendencia Bancaria, y mucho menos se puede exigir que en ultimas exista una información clara, documentada y suficiente.

Dijo, que si bien la A.F.P. promocionó un producto que es parte de un contrato de aseguramiento, también desde ese punto de vista, existen requisitos de existencia que derivan en la aplicación y restricta del concepto de ineficacia, toda vez que no existe causal de nulidad, pero si existiría causal de ineficacia de la relación jurídica de afiliación por la falta de documentación clara y suficiente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., sostuvo que es una afiliación valida ya que para el año de la afiliación el único documento con la cual la A.F.P. tenía para demostrar la libertada y voluntad de firma era el formulario de información. Así mismo, el demandante espero más de 22 años para manifestar su inconformidad con el R.A.I.S. ya que en ningún momento durante ese lapso de tiempo manifestó inconformidad alguna, 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, proferida por la Superintendencia Financiera, como fue publicado en medios de comunicación de amplia circulación nacional, y no lo hizo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar o no, a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 2 de mayo de 1960 (f.º 17); **ii) ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 19 de mayo de 1989 hasta el 10 de abril de 1996 (f.º 32); **iii)** que el 27 de mayo de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 30 y 95); **iv)** que actualmente se encuentra afiliado a Porvenir S.A., de conformidad con la certificación aportada al presente proceso (f.º 94).

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 30 y 95, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 30 de septiembre de 1999, con la A.F.P. HORIZONTE, 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.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., el 27 de mayo 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:

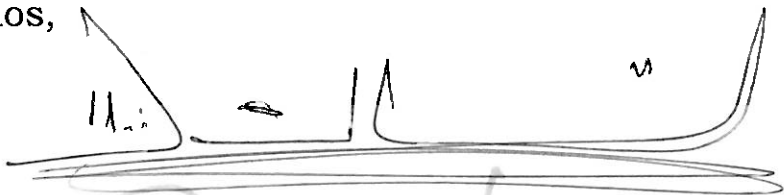
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

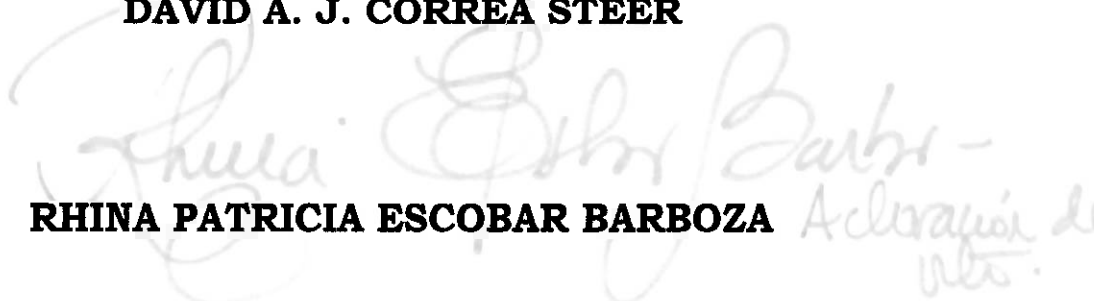
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

*Aclaración de
voto.*



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

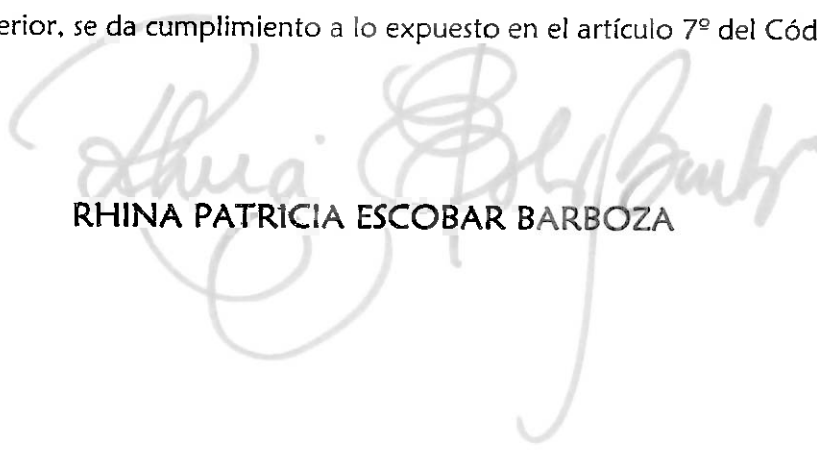
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JAVIER DUEÑAS OLARTE
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105012201800382-01
Magistrado Ponente:	DAVID A.J. CORREA STEER

ACLARACIÓN DE VOTO

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

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



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARTHA LUCÍA ZAPATA PARRA** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.**, y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 013 2019 00317 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 STP11672-2020 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 D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado del R.P.M. al R.A.I.S, efectuado el 12 de marzo de 1999 conforme al formulario de afiliación suscrito en Porvenir S.A., así como del realizado en julio de 2001 a protección S.A.; en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A., retornarla al R.P.M. y transfiera a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados; y que se ordene a Colpensiones, que la reciba y la mantenga como afiliada desde el 29 de febrero de 1988 sin solución de continuidad.

Como fundamento fáctico relevante de lo pretendido, manifestó que nació el 22 de noviembre de 1962; se afilió al extinto I.S.S desde el 29 de abril de 1988 hasta marzo de 1999, por lo que para abril de 1999 acumuló un total de 539 semanas cotizadas en el R.P.M; el 12 de marzo de 1999, mientras laboraba para el Hospital Universitario San Ignacio, asesores de Porvenir S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional bajo un acoso sistemático por parte de ellos, toda vez que le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener en el R.P.M., pero no le indicaron las ventajas y desventajas del cambio de régimen, ni que su mesada pensional se vería afectada; que pese a que su decisión fue permanecer en el R.P.M., el asesor de dicha A.F.P. la indujo al engaño, a error y la asaltó en su buena fe, por lo que vició su consentimiento para que se trasladara al R.A.I.S; en julio de 2001 los asesores de la AFP Santander S.A, hoy Protección S.A., se presentaron en su trabajo y le aseguraron que obtendría una excelente mesada pensional.

Señaló, que el 5 de octubre de 2018 radicó derecho de petición ante Porvenir S.A., para solicitar la nulidad del traslado del R.P.M. al R.A.I.S., pero la solicitud se negó mediante oficio del 29 de octubre de 2018; el 7 de febrero de 2019 solicitó la nulidad de traslado ante Protección S.A., pero dicha A.F.P. le respondió que la afiliación se presumía legal y solo podría ser desvirtuada por autoridad competente; el 5 de octubre de 2018 Colpensiones le indicó que no era posible realizar la nulidad del traslado que solicitó; Porvenir S.A. realizó la simulación pensional que arrojó como proyección pensional para cuando cumpliera 57 años de edad, la suma de \$827.200, mientras que la simulación pensional hecha por Colpensiones, dio como mesada pensional \$2.585.869.

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 183).

Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado que efectuó la demandante tiene plena validez, y que los vicios de deben ser probados, toda vez que solo hasta que sea declarada por el juez la ineficacia, le asistiría la obligación de recibir y reactivar la afiliación sin solución de continuidad de la demandante. Propuso como excepciones la de prescripción, caducidad, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (f.º 131).

Porvenir S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, alegando en su favor que la información a ella suministrada fue acorde con las disposiciones legales, por lo que su decisión de trasladarse de régimen pensional fue informada y consiente, teniendo en cuenta que en el formulario de afiliación que suscribió, manifestó tener pleno conocimiento del proceso de vinculación. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, y enriquecimiento sin causa (f.º 108).

Protección S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el acto de traslado de régimen celebrado por la actora fue válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y que la suscripción se realizó de forma libre y espontánea como consta en el formulario de afiliación, de modo que la actora tuvo la suficiente ilustración para optar por el traslado de régimen. Invocó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (f.º 196).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia dle 10 de

febrero de 2020, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante argumentó que, desde la creación de los fondos privados, estos debían cumplir de manera taxativa con el deber de información por ser entidades de carácter profesional; de manera que conforme las Leyes 100 de 1993 y 1478 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, los fondos pensionales tienen el deber de actuar de manera idónea, por ser los que cuentan con los conocimientos y experiencias requeridos. Así las cosas, considera que no se verificó en el expediente que le haya sido brindada una debida asesoría por parte de las A.F.P., por lo que confió plenamente en la información que le suministraron, pese a no haber sido clara, precisa y entendible; se debe tener igualmente en cuenta que los asesores le generaron miedo por cuanto le indicaron que el I.S.S. iba a liquidar, y de esta forma efectuara su afiliación al R.A.I.S.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente, con el fin de establecer si es viable declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad en los términos establecidos en la sentencia STP11672-2020, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dejó sin efectos la providencia el 29 de septiembre de 2020, proferida por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

«(...) La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., arguyó en las respuestas allegadas al trámite de tutela en primera instancia así como en los elementos materiales probatorios en el proceso ordinario laboral, que MARTHA LUCÍA ZAPATA PARRA, aportó un extracto del formulario donde reposa la firma del accionante y reiteró que, en dicho documento, quedó señalado que conocía los efectos de su traslado, así como una manifestación que fue debidamente asesorado, por lo que determinó que «el actor suscribió los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria».

Sin embargo, dicho documento carece de la vocación probatoria suficiente para poder confirmar la decisión proferida en primera instancia, toda vez que, por sí solo, no demuestra si a MARTHA LUCÍA ZAPATA PARRA se le brindó un asesoría real, completa y concisa acerca de los efectos del traslado, así como de las consecuencias que esta decisión podría acarrearle y una proyección del monto pensional al cual tendría derecho, toda vez que lo mencionado por el impugnante, como lo aceptó en su escrito, hacen parte del «cuerpo del formulario de afiliación» y no reflejan la realidad de lo acontecido en dicha ocasión.

Asimismo, también carecen de asidero los argumentos de la accionada respecto los requisitos para acceder al régimen de transición, toda vez que las pretensiones del actor estaban encaminadas a declarar la ineficacia de su traslado del Instituto del Seguro Social, ahora Colpensiones, al fondo de pensiones que administra Porvenir S.A, por ende, este hecho es ajeno al proceso.

De igual forma, sería absurdo imponer al demandante en este tipo de procesos la obligación de probar que la asistencia recibida fue insuficiente o incompleta, dado que, en atención al principio de la carga dinámica de la prueba, la demandada era la parte procesal que se encuentra en mejor posición para demostrar este hecho, es decir, acreditar que la asesoría realizada contó con los elementos necesarios para garantizar una decisión informada. (...)»

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 22 de noviembre de 1962 (f.º 24); **ii)** que a 31 de marzo de 1999 tenía un total de 217,43 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 26); **iii)** que antes del 1º de abril de 1994 tenía un total de 197,71 semanas cotizadas; **iv)** que inicialmente, el 12 de marzo 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 110); **v)** que posteriormente se trasladó al fondo de Pensiones y Cesantías Santander, actualmente Protección S.A. (f.º 64); y **vi)** que, en los términos expuestos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostraron 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, en términos del fallo de tutela que hoy se cumple, de tiempo atrás viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de 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.

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada para en su lugar, **DECLARAR** la nulidad del traslado de régimen pensional realizado por Martha Lucía Zapata Parra, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 12 de marzo de 1999, a través de Porvenir SA, en virtud de las razones expuestas en la

parte motiva de la decisión, y en los términos establecidos en la sentencia STP11672, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

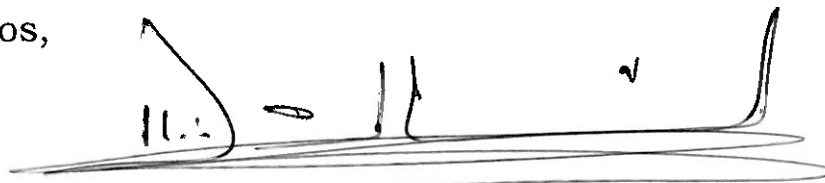
SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos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

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

CUARTO: Sin costas en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SADID JOSÉ ACOSTA TREJOS** en contra de **COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 021 2018 00604 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 STL12059-2020 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 D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que la afiliación a Protección S.A., es nula al no haberse realizado en forma libre y espontánea, así que, para todos los efectos jurídicos, siempre ha pertenecido al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad; en consecuencia, ordenar a Protección S.A. devuelva a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, y

rendimientos, de igual forma, ordenar a esta última entidad, reactivar la afiliación, recibir todos los dineros devueltos por Protección, actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a su disposición; por último, condenar a Protección S.A. a reconocer y pagar los perjuicios materiales morales causados, estimados en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes (f.º 3).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 5 de marzo de 1959; cotizó en el extinto I.S.S. desde el febrero de 1985 hasta el año 1996; en junio de 1996 por no recibir información técnica adecuada, completa, veraz y suficiente, suscribió la afiliación a Protección S.A., en donde en la actualidad se encuentra afiliado y tiene 1407.14 semanas de cotización, pensando que le era mucho más beneficioso estar allí que en Colpensiones; en aquella oportunidad no le indicaron los riesgos de trasladarse de régimen, ni que su pensión sería inferior a la del R.P.M.D., no le advirtieron que la pensión depende de la modalidad que escoja, ni le explicaron las modalidades; no le informaron qué era un bono pensional ni que su negociación implica un importante sacrificio, tampoco le advirtieron que si no tenía suficiente dinero, no podría pensionarse o que podría retractarse con base en el Decreto 1161 de 1994.

Sostuvo, que se le informó que la condición pensional que tendría en el R.A.I.S., sería mucho más ventajosa y con un monto mejor, ya que este último régimen desaparecería y que podría pensionarse en forma anticipada; Protección, le realizó una proyección pensional en la que se observa un monto muy inferior a la que recibiría en Colpensiones, motivo por el que el 6 de agosto de 2018, solicitó la nulidad de la afiliación ante Protección S.A., y el día 9 de los mismos mes y año, solicitó ante Colpensiones que lo tuviera como vinculado jurídicamente al régimen que administra, no obstante el 10 y el 30 de agosto siguientes, recibió respuestas negativas por parte de las entidades (f.º 3-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de diciembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 41).

Protección S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones, y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (f.º 56-67, 125-137).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (f.º 92-104).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 90).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 16 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 1.º de abril de 1996, por ende, se tiene como válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones, frutos e intereses contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin deducción alguna por gastos de administración, a su vez condenó a esta última entidad a activar la afiliación del demandante y a actualizado su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Protección S.A. (f.º 181-183).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones, apeló con el argumento de que se acreditó que el traslado realizado por el demandante se hizo en forma libre y voluntaria, sin constreñimientos ni presiones, y que además Protección S.A. le brindó información acerca de las características propias del régimen, tal y como el demandante lo indicó en el interrogatorio de parte; el precedente del Órgano de Cierre no se debe aplicar en forma objetiva, sino que se deben analizar las circunstancias propias de cada caso en concreto, en especial, lo atinente a los derechos adquiridos y las expectativas legítimas reales sobre el derecho a la pensión, y aquí no se vulneró ninguno de ellos con el traslado al R.A.I.S..

Agregó, que si atiende como válido el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida, se afecta ostensiblemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema y la financiación de las prestaciones para otros potenciales pensionados, dado que no estaría en igualdad de condiciones frente a las personas que realmente aportaron a la entidad, además se encontraría en la prohibición legal de trasladarse, además, se debe tener en cuenta que el único descontento del demandante es en el monto final de la mesada pensional que recibiría en el R.A.I.S., lo que no resulta ninguna omisión en la información.

Protección S.A., sostuvo que no es viable ordenar la devolución de los gastos de administración, por cuanto tales descuentos están permitidos legalmente, además se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante; tampoco procede la devolución de los rendimientos generados, pues precisamente los mismos fueron ocasionados por la gestión y buena administración que ejerció el fondo, y en caso de que se confirmara la nulidad declarada respecto del traslado del demandante al R.A.I.S., las cosas vuelven al estado anterior, por lo que el fondo solo debería trasladar los aportes que se encuentren acreditados en la mencionada cuenta.

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 verificará como problema jurídico, si el traslado de régimen pensional del demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente, con el fin de establecer si es viable declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad en los términos establecidos en la sentencia STL12059-2020, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dejó sin efectos la providencia el 29 de septiembre de 2020, proferida por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

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

«(...) [E]sta Sala que sobre este punto han considerado que el traslado de régimen por falta de información debe abordarse desde la ineficacia y no desde la óptica de la nulidad. (...)»

«(...) [E]l deber de información no se agota «con la simple enunciación de los beneficios del traslado, dado que es necesario realizar una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.» (...)»

(...) la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y

pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.» (...)

Además, la Alta Corporación hizo referencia a las providencias CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689- 2019, SL3464-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 5 de marzo de 1959 (f.º 105, CD f.º 111); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 16 de septiembre de 1985 hasta el 31 de mayo de 1996, 440.86 semanas (f.º 105-107, CD f.º 111); **iii)** que el 1.º de abril 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 1.º de junio de 1996 (f.º 34, 68, 138, 141), donde actualmente se encuentra vinculado, con un total de 1458.86 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 70 a 75, 143 a 147; y **v)** 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, en términos del fallo de tutela que hoy se cumple, 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 la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de Protección S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad

del traslado de pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ SL1421-2019 y SL638-2020.

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 apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, y en los términos establecidos en la sentencia STL12059-2020, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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 **ANA MARÍA HERNÁN PULIDO** en contra de **COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 021 2019 00510 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 3 de agosto de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

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

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

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de septiembre de 1962; que cotizó como afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales como trabajadora dependiente, que en el año de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo COLFONDOS S.A.; que debido al cargo que tenía como auxiliar de vuelo internacional y jefe de cabina no le fue posible asistir a asesorías diferentes a aquellas de su cargo, que la A.F.P. COLFONDOS S.A., no le informó de las ventajas y desventajas de afiliarse a éste régimen, ni generó una comparación entre uno y otro régimen pensional en cuanto a la edad, el cambio de la mesada pensional, y el manejo de rendimientos financieros, más

comisiones; que no se le informó qué modalidad de pensión iba a recibir.

Indicó, que COLFONDOS S.A. para el año 2017, le efectuó a la aquí actora una proyección de la mesada pensional en donde le informaron que la pensión en R.A.I.S. a los 57 años se estimaba en \$1.404.502, la anterior suma constituye un detrimento al derecho pensional y al deber de información, en razón a que corresponde al 30% de la mesada que percibiría en prima media.

Señaló, que reclamó administrativamente a COLPENSIONES el 20 de junio de 2019. (f.º 2-3).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de noviembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 53).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se observa dentro del expediente prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la A.F.P., o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) (f.º 83-85).

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (f.º 92-100).

COLFONDOS S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, puesto que a la demandante se le brindo la asesoría que le era exigida para la época, sumado a que no existe dentro de las pruebas aportadas por la actora afectación a sus derechos pensionales, finalmente precisa que la demandante firmo el formulario de vinculación de manera consiente y voluntaria, además ha estado vinculada por mas de 20 años al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, conoce a la perfección este sistema. (f.º 109 - 111).

Propuso las excepciones de derecho de retracto, nulidad de la afiliación y/o vicio de consentimiento, inexistencia de engaño y prescripción de la acción. (f.º 112-116).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 3 de agosto de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al R.A.I.S., que en su caso administra COLFONDOS S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes recibidos de la demandante, junto con los intereses, rendimientos y demás frutos civiles, sin que fuese posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros; condenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el R.P.M., declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES.; condenó en costas a COLFONDOS S.A., y concedió recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. (f.º 146).

En lo que interesa a la alzada, consideró que de acuerdo a los diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, se ha manifestado que para poder indicar si el traslado está presidido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la administradora de pensiones haya suministrado información, completa, Clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de la situación pensional.

Igualmente, que se tiene conforme a la sentencia 1688-2019, se comparte dicha posición que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador, usuario como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado; es así como esta información que debe recibirse de manera clara, comprensible y oportuna, pues tiene gran importancia para determinar o para garantizar los derechos irrenunciables de la persona en virtud de cómo está definido el sistema de seguridad social integral, tal como establece el artículo 1.º de la Ley 100 de 1993, por lo que esta información debe demostrar que hubo una decisión informada y que fue verdaderamente autónoma y consciente.

Precisó además, que el deber de información está contemplado en las Ley 663 de 1993, en su artículo 97, del estatuto orgánico del sistema financiero, y del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, donde con estas premisas normativas se indica que las administradoras de fondos de pensiones deben obrar no sólo conforme a la ley sino soportadas en los principios de la buena fe y del servicio de los intereses sociales.

Por lo anterior, consideró que de acuerdo con las pruebas documentales, y lo manifestado por la demandante en el

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

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que el requisito de brindar información fue creado en la Ley 1478 del 2014, que modificó el artículo 9.º de la Ley 1398 de 2009, y por lo tanto, en el año de 1995, fecha en la cual la demandante efectuó el traslado al R.A.I.S. no era exigible a los fondos brindar información detallada al momento del traslado, pues para aquella época solo requería el consentimiento de la persona y que suscribiera el formato de afiliación, razón por la cual no se puede alegar la falta de información por parte de los asesores.

Indicó, que a la demandante no se le está negando el derecho a acceder a una pensión de vejez pues al cumplir con los requisitos establecido en la ley podría serle reconocido este derecho en el régimen de ahorro individual, sino que su inconformidad únicamente versa sobre el monto de la pensión de vejez que esta va a adquirir, ahora se debe considerar que al momento de resolver el caso objeto de estudio el impacto que este tipo de decisiones pueden generar en la estabilidad financiera de la administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, pues al considerarse el traslado de la

demandante al régimen de prima media faltándole menos de 10 años para cumplir la edad para que le sea reconocida la pensión de vejez.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 27 de septiembre de 1962 (f.º 8) **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 10 de noviembre de 1983 hasta el 31 de octubre de 1995, 556.29 semanas (f.º 31; 102 cd); **iii)** que el 30 de agosto de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de septiembre de 1995 (f.º 122; 124, CD), actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A., con un total de 1628.57 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 16 a 22.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 50, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 30 de agosto de 1995, con la A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”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. COLFONDOS S.A. el 30 de agosto 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.

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 3 de agosto de 2020, por el Juzgado 21 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 **PATRICIA BALLESTEROS LANCHEROS** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 031 2019 00713 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 PORVENIR S.A., y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

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

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

Para el efecto, manifestó que nació el 9 de marzo de 1963; que laboró para entidades públicas y privadas desde 1996 a la fecha; que se afilió al I.S.S. desde 1996, mientras se encontraba laborando para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; que en el mes de septiembre de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo **PORVENIR S.A.**; que no le informó de las ventajas y desventajas de afiliarse a éste régimen, ni generó una comparación entre uno y otro régimen pensional en cuanto a la edad, el cambio de la mesada pensional y el manejo de rendimientos financieros más comisiones; que no se le informó qué modalidad de pensión iba a recibir; que **PORVENIR S.A.** no tramitó, ni le comunicó, lo previsto

en el Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003; y que no le informó cuál era el capital que tenía que ahorrar para recibir una mesada pensional a futuro.

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

Señaló, que reclamó administrativamente a **COLPENSIONES** el 19 de septiembre de 2019, solicitando la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada por esta entidad el día 20 de septiembre de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de noviembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 35).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante no probó causal alguna de nulidad o ineficacia de la afiliación a **PORVENIR S.A.**, ya que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe la norma, razón por la cual no es procedente tal declaratoria y no puede realizarse un retorno automático de la demandante al R.P.M.

Propuso como excepciones las denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al

régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica. (f.º 41 - 57).

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 la demandante se encuentra válidamente afiliada al R.A.I.S. y está inmersa en la restricción de que trata el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no es procedente el traslado deprecado.

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 98 - 118).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio.(f.º38).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 28 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al R.A.I.S., que en su caso administra PORVENIR S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes recibidos de la demandante junto con los intereses, rendimientos y demás frutos civiles, sin que fuese posible descontar

suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros; ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el R.P.M.; condenó en costas a PORVENIR S.A., y concedió recurso de apelación de ésta, 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 CSJ SL12136 de 2014, 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., señalando el criterio contenido en la sentencia SL 1452 de 2019, de la Corte Suprema de Justicia, donde se señaló 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 la demandante en el interrogatorio de parte, la parte demandada PORVENIR S.A. no acreditó que efectivamente en 1999, le hubiese brindado a la demandante una información clara, oportuna y suficiente respecto al régimen de pensiones al cual se encontraría afiliada, sumado a que la firma del formulario de afiliación, así como las afirmaciones consignadas en formatos preimpresos de los fondos referentes a la libertad y voluntariedad con la que se hace la afiliación a lo sumo acreditarían consentimiento, pero no son suficientes para demostrar el cumplimiento del deber de información.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que el traslado se hizo de manera libre, espontánea, sin presiones e informada cumpliendo con lo exigido por la ley para la fecha de la afiliación, esto es, los Decretos 692 y 720 ambos de 1994.

Indicó, que las expresiones materializadas en el formulario de solicitud de traslado de régimen pensional no pueden ser consideradas una manifestación vacía por los efectos jurídicos que produce, así como tampoco le resta validez a dicha manifestación que

el formulario hubiese estado impreso previamente, ya que corresponde a una manifestación inequívoca de la demandante.

Respecto de la devolución de los gastos de administración, arguyó que los mismos ya no se encuentran en poder de esta entidad, toda vez que fueron utilizados para adquirir seguros provisionales que cubrieran las contingencias de muerte y enfermedad de la demandante. Así mismo, debe tenerse en cuenta lo que al respecto ha dicho la Superintendencia Financiera en concepto n.º 2019152169-03, esto es, que en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, lo procedente sería que se respetasen la restituciones mutuas que se hayan realizado y que no se ordene el traslado de la prima de seguros provisionales, ni la devolución de las comisiones que se utilizan para generar rendimientos.

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 9 de marzo de 1963 (f.º 2); **ii)** que a 1.º de abril de 1994, no se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (f.º 33); **iii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 23 de febrero de 1996; **iv)** 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 27 y 119), donde actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1.215 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa a folios 142 a 151.

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 27 y 119, se avizora el formulario que la 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

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

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

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

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

Ahora bien, 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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que 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 28 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

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

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 septiembre de 2020, por el Juzgado 31 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 ENCARNACIÓN QUENGUAN SOBA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 032 2018 00692 02.

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**, contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare nula su vinculación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a devolver íntegramente el bono pensional recibido, así como las cotizaciones, rendimientos, indexación e intereses de mora a COLPENSIONES, y se condene a las demandadas al pago de las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

Para el efecto, manifestó que nació el 14 de mayo de 1963; que se afilió al extinto I.S.S. el 31 de octubre de 1986 y cotizó en dicha entidad hasta el 31 de enero de 2007; que el 15 de diciembre de 2006, con efectividad en febrero de 2007, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo Santander, hoy PROTECCIÓN S.A.; que los asesores le dieron una información errada, engañosa y pervertida como que podía pensionarse antes de cumplir la edad exigida, que el sistema pensional que manejaba el I.S.S. se iba a terminar y no podría pensionarse, que tendría beneficios anticipados, que el monto de la pensión que le otorgaría el fondo de pensiones sería superior al que otorga el I.S.S.; y que dicha información no fue suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que conllevaba dejar el anterior régimen y sus consecuencias futuras.

Señaló, que reclamó administrativamente a **COLPENSIONES** el 17 de julio de 2018, solicitando la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 2 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 43).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la actora, 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, además, que la información suministrada a la demandante fue acorde con las disposiciones legales, y que su decisión de trasladarse de régimen pensional fue libre de presión y engaños, teniendo en cuenta que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen.

Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficiencia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (f.º 57 - 66).

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, por lo que le corresponde a la demandante probar el vicio en el consentimiento que alude para efectos de determinar si es procedente su retorno al R.P.M., máxime cuando era el fondo privado el obligado a brindar la información necesaria al afiliado.

Propuso como excepciones las denominadas 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, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y la innominada o genérica (f.º 96 - 109).

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 2 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia de la vinculación de la demandante efectuada en el mes de febrero de 2007 a la A.F.P. Santander, hoy **PROTECCIÓN S.A.** al R.A.I.S.; 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 **PROTECCIÓN 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 **PROTECCIÓN S.A.**, y concedió los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

Consideró, que la A.F.P. **PROTECCIÓN 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 esto 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 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 el juez de primera instancia. Manifestó, que el a quo 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 la demandante y la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

Finalmente, 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.

PROTECCIÓN S.A. solicitó que se revoque el numeral 3.º de la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la devolución de las comisiones de administración, ya que éstas 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**.

Así mismo, indicó que de conformidad con el Concepto del 17 de enero de 2020 proferido por la Superintendencia Financiera, en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, lo procedente sería que no se ordene el traslado de la prima de seguros provisionales ni la devolución de las comisiones que se utilizan para generar rendimientos.

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 14 de mayo de 1963 (f.º 13); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 364 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (f.º 19 y 114); **iii)** y que el 15 de diciembre de 2006, con fecha de efectividad 1.º de febrero de 2007, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Santander, hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 95), donde actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1.657,86 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa a folios 68 a 78.

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 95, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 15 de diciembre de 2006, con fecha de efectividad 1.º de febrero de 2007, con la A.F.P. Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, 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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que 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. PROTECCIÓN S.A. el 15 de diciembre de 2006, con fecha de efectividad 1.º de febrero de 2007, 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

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

administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 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.

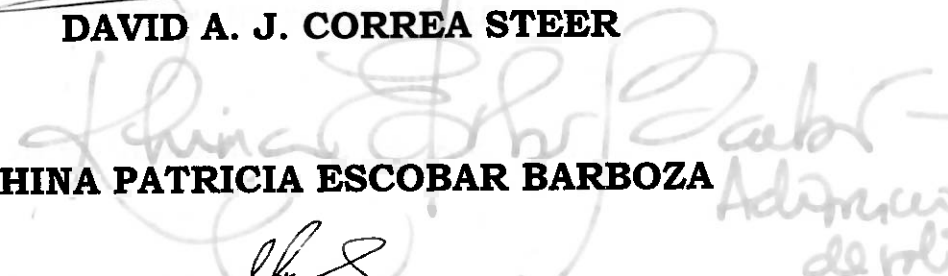
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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 **CARLOS HERNANDO MUÑOZ LEÓN** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 033 2017 00684 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 entidades demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 1.º de octubre de 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que la A.F.P. PORVENIR S.A. incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; como consecuencia, se declare nula e ineficaz su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad inicialmente a la A.F.P. HORIZONTE y posteriormente a la A.F.P. PORVENIR S.A., dado que la falta de información por parte de éstas vició su consentimiento, de manera que éste se encuentra válidamente afiliado al R.P.M.; se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, y a ésta a recibir, la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; que se condene al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se apliquen las facultades extra y ultra petita.

Para el efecto, señaló que nació el 4 de mayo de 1954; que cotizó al I.S.S., hoy COLPENSIONES. desde el 16 de diciembre de 1974; que el 30 de septiembre de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo HORIZONTE S.A. y que el 29 de diciembre de 2001, se afilió a la A.F.P. PORVENIR S.A.; que al momento del traslado los asesores de HORIZONTE le informaron que el I.S.S. se liquidaría y sus aportes pensionales se perderían y que con el traslado obtendría una mejor mesada pensional, pero que no se le brindó asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen, que no fue informado sobre los efectos, consecuencias, ni características de ambos regímenes pensionales; que no se le indicó

cuál sería el monto de su mesada pensional, ni el de su indemnización sustitutiva o devolución de saldos, en caso de no tener derecho a la pensión de vejez.

Señaló, que reclamó administrativamente a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. el 18 y 20 de octubre de 2016, respectivamente, solicitando que se anulara su afiliación al R.A.I.S., pero dicha petición fue negada por éstas entidades (f.º 02-11).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de diciembre de 2017, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 42).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado a PORVENIR S.A.; indicó que pese a que el ordenamiento jurídico establece la libre escogencia entre regímenes, dicha posibilidad se encuentra limitada cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo para los afiliados que tuvieran 15 años cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, fuese beneficiario del régimen de transición o tuviese una expectativa cercana de acceso a la pensión, situaciones en que no se encuentra el demandante.

Indicó, que pese a que el demandante alegue falta de información para la época del traslado, las características, condiciones y modalidades pensionales propias del R.A.I.S. se encuentran plasmadas en los artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional, impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, toda vez que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para atribuir a la A.F.P. la

responsabilidad de haber omitido la información al respecto, ya que éste señalamiento lo hace la ley.

Arguyó, que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte, sumado a que el demandante no ejerció ninguna acción para buscar la rescisión y/o nulidad del contrato de afiliación al R.A.I.S. dentro del término previsto para ello.

Propuso como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica. (f.º 49 - 58).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda; indicó que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante no se hizo en contra de una prohibición legal, al contrario, en el mismo se dió cumplimiento a todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico.

Propuso las excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica (f.º 79 - 86).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio.(f.º48).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia

de 1.º de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado del demandante al R.A.I.S., administrado por la A.F.P. HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., y con esto, la afiliación del demandante realizada el 4 de septiembre de 1996; como consecuencia, declaró que actualmente el demandante se encuentra afiliado de manera efectiva al R.P.M.; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, y a ésta a recibir, todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con los respectivos intereses y rendimientos, incluidas las comisiones y los gastos de administración que se generaron durante la afiliación; condenó a PORVENIR S.A. a pagar, de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el R.A.I.S. y su equivalente en el R.P.M., las cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio y conminó a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas, si a ello hubiere lugar; declaró no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia del derecho frente a la pretensión de ineficacia del traslado.

Además, conminó a COLPENSIONES y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO para que procedan a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a razón de los procesos de ineficacia del traslado del R.P.M. al R.A.I.S., declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

En lo que interesa a la alzada, consideró respecto del deber de información, que para la fecha del traslado la obligación de las A.F.P. era la de suministrar la información necesaria y transparente en aras de garantizar una afiliación libre y voluntaria, por lo que debía describir las características, condiciones de cada régimen, junto con

las consecuencias de un traslado entre los mismos, así como los elementos para que el afiliado comprendiera de manera objetiva y lógica el funcionamiento de ambos regímenes, lo cual no probó la A.F.P. demandada, teniendo la carga para hacerlo. Adicionalmente, no se probó que se hubiese analizado la situación particular del demandante, para que éste pudiera tomar una decisión voluntaria, libre e informada sobre la conveniencia de estar en uno u otro régimen pensional, razones por las cuales es procedente la ineficacia del traslado.

Respecto de la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, indicó que la misma no aplica en este caso, puesto que los derechos pensionales son imprescriptibles.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia, toda vez que la declaración de ineficacia del traslado refleja la inobservancia de 3 principios fundamentales del derecho; principio de inescindibilidad de las normas, principio de confianza legítima y principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

El primero de los principios se ve vulnerado toda vez que pese a que se declara la ineficacia del traslado, el efecto que se le da a esta declaración en la sentencia, es el de una nulidad; respecto del principio de confianza legítima, manifiesta que para la época del traslado era perfectamente válido demostrar la existencia y validez del contrato solo con la firma del formulario de afiliación y ésta entidad no estaba obligada a dejar por escrito las asesorías dadas a los potenciales afiliados, sin embargo, en 2008, la Corte Suprema de

Justicia cambió las reglas, y en esta sentencia, se aplicó dicho criterio considerando la jurisprudencia como un criterio fundamental de decisión, lo que desconoce el Artículo 230 de la Constitución Política.

Indicó, que de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia le corresponde a quien ha debido emplearla, de manera que el aquí demandante debió haber cotejado la información recibida, ya que ello era importante para su futuro pensional, lo que no ocurrió en este caso, por lo que de declararse la ineficacia del traslado, el mismo se beneficiaría de su propia culpa.

Señaló, que sí existió una ratificación de la voluntad del demandante de pertenecer al R.A.I.S., ya que para el año 2001, la A.F.P. HORIZONTE y la A.F.P. PORVENIR S.A. eran personas jurídicas diferentes, y la fusión entre éstas sólo se dio hasta el año 2014, sumado al hecho de que el demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado a éstas A.F.P. cumplió con sus obligaciones.

Respecto de la condena a devolver los gastos de administración, indicó que si la consecuencia jurídica que aplica la sentencia es la de declarar que el negocio jurídico entre la A.F.P. y el demandante nunca existió, no sería procedente la devolución de los mismos toda vez que en el Régimen de Prima Media éstos no se hubieran generado, además, arguyó que éstos no hacen parte íntegra de la pensión, razón por la cual no son imprescriptibles.

La demandada **COLPENSIONES**, solicitó que sea revocada íntegramente la sentencia de instancia; señaló que respecto de lo que se le conminó a determinar, dicho grado de afectación económica o detrimento patrimonial que pueda sufrir la entidad sólo se pueden ver a futuro, ya que no se sabe si el monto de dinero ahorrado por el demandante alcanza a cubrir la prestación de vejez en el R.P.M. que

se le vaya a conceder a futuro, más aún si el demandante superara su expectativa de vida, lo que puede causar aún más perjuicios para la sostenibilidad financiera del sistema ya que no se hicieron las proyecciones correspondientes para planear dicha prestación con anticipación.

Respecto de la inversión de la carga de la prueba, señaló inconformidad con la tesis del despacho frente al acogimiento de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, puesto que la misma sólo se puede aplicar a personas que tengan expectativas legítimas, se encuentren en régimen de transición, estuvieren próximos al cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho pensional o que con el cambio de régimen se hubiere afectado de manera grave el mismo, lo cual no ocurre en este caso.

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 4 de mayo de 1954 (f.º 12); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 16 de diciembre de 1974 (f.º 59); **iii)** que al 1.º de abril de 1994, tenía 281.46 semanas cotizadas al R.P.M.; **iv)** que el 30 de septiembre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE, y que el 29 de diciembre de 2001, se afilió a PORVENIR S.A., conforme a los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso (f.º 18-19 y 88-89), 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 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 18 y 88, se avizora el formulario que el demandante suscribió el 30 de septiembre de 1994, 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 expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

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

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

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

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

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

Ahora bien, 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

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver 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 30 de septiembre de 1994, 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

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

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 1.º de octubre de 2020, por el Juzgado 33 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.

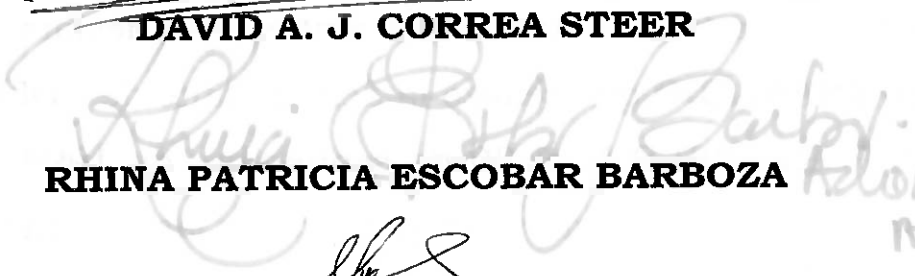
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 **JUAN DE LA CRUZ CAVIEDES CAMARGO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 033 2018 00182 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 entidades demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 8 de julio de 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá.

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 1.º de diciembre de 2002; como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. a restituir a COLPENSIONES, y a ésta a recibir, los valores obtenidos en virtud de su vinculación como cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubieren efectuado, que para la fecha de la presentación de la demanda ascienden a \$259.457.942; que se condene al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se apliquen las facultades extra y ultra petita.

Subsidiariamente, que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos de su traslado del R.P.M. al R.A.I.S., efectuado el día 1.º de diciembre de 2002.

Para el efecto, manifestó que estuvo afiliado y cotizó al I.S.S., hoy COLPENSIONES, desde el 26 de julio de 1976; que el 1.º de diciembre de 2002, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo PORVENIR S.A.; que al momento de traslado no fue informado por ese fondo respecto de las implicaciones sobre sus derechos pensionales por el traslado de régimen, ni sobre los riesgos del mismo; que no fue asesorado sobre las diferencias entre uno y otro régimen pensional, ventajas, desventajas o inconvenientes del régimen pensional al que se trasladaba; que no se le indicó cuánto capital debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto o cuánto necesitaba ahorrar para pensionarse a una determinada edad o para mantener su mínimo vital; que no se le informó que no todo el aporte mensual que hiciera, iría a su cuenta individual; que no se le informó

si tendría derecho o no a un bono pensional entregado por el R.P.M. ni que su pensión se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto de él, como de sus beneficiarios, entre otras.

Señaló, que reclamó administrativamente a COLPENSIONES el 19 de febrero de 2018; solicitó tener como ilegal, nulo, inválido o ineficaz el traslado del demandante al R.A.I.S., pero la petición fue negada por esta entidad, ese mismo día (f.º 03-19).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 19 de abril de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 56).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado a PORVENIR S.A.; indicó que pese a que el ordenamiento jurídico establece la libre escogencia entre regímenes, dicha posibilidad se encuentra limitada cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo para los afiliados que tuvieran 15 años cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, fuese beneficiario del régimen de transición o tuviese una expectativa cercana de acceso a la pensión situaciones en que no se encuentra el demandante.

Indicó, que pese a que la demandante alegue falta de información para la época del traslado, las características, condiciones y modalidades pensionales propias del R.A.I.S. se encuentran plasmadas en los artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional, impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, toda vez que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para atribuir a

la A.F.P. la responsabilidad de haber omitido la información al respecto, ya que éste señalamiento lo hace la ley.

Arguyó, que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte, sumado a que el demandante no ejerció ninguna acción para buscar la rescisión y/o nulidad del contrato de afiliación al R.A.I.S. dentro del término previsto para ello.

Propuso como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica. (f.º 68 - 80).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, ya que ésta en ningún momento omitió el deber de información, sumado a que la afiliación se realizó agotando todos los requisitos exigidos por la ley, por lo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al R.A.I.S. mediante una decisión libre, informada, espontánea, eficaz y válida.

Propuso las excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica (f.º 97 - 104).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 63).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 8 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado del demandante al R.A.I.S., administrado por PORVENIR S.A., y con esto, la afiliación realizada el 31 de octubre de 2002; como consecuencia, declaró que actualmente el demandante se encuentra afiliado de manera efectiva al R.P.M.; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, y a ésta a recibir, todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con los respectivos intereses o rendimientos, incluidas las comisiones y los gastos de administración que se generaron durante la afiliación.

Así mismo, condenó a PORVENIR S.A. a pagar, de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el R.A.I.S. y su equivalente en el R.P.M., las cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio y conminar a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas, si a ello hubiere lugar; declaró no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia del derecho frente a la pretensión de ineficacia del traslado.

Además, conminó a COLPENSIONES y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO para que procedan a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a razón de los procesos de ineficacia del traslado del R.P.M. al R.A.I.S. y condenó en costas a PORVENIR S.A.

En lo que interesa a la alzada, consideró respecto del deber de información que para la fecha del traslado, la obligación de las A.F.P.

era la de suministrar la información necesaria y transparente, en aras de garantizar una afiliación libre y voluntaria, por lo que debía describir las características, condiciones de cada régimen, junto con las consecuencias de un traslado entre los mismos, así como los elementos para que la afiliada comprendiera de manera objetiva y lógica el funcionamiento de ambos regímenes, lo cual no probó la A.F.P. demandada, teniendo la carga para hacerlo, ni se evidencia únicamente con la suscripción del formulario de afiliación, ya que el mismo contiene únicamente datos básicos de la demandante, su empleador y sus beneficiarios.

Indicó además, que para que proceda la declaratoria de nulidad no se requiere que el derecho esté causado o ad portas de ser adquirido, ni ser beneficiario del régimen de transición, ya que esto vulneraría el derecho a la igualdad frente a los demás afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Respecto de la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, indicó que la misma no aplica en este caso, puesto que los derechos pensionales son imprescriptibles.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el *a quo*, ya que el demandante suscribió la solicitud de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como consta en el formulario de afiliación. Indicó, que sus asesores son permanentemente capacitados a fin de que puedan brindar una información completa y necesaria de las características y el funcionamiento del R.A.I.S., sus ventajas y desventajas, etc., a los potenciales afiliados al momento

del traslado, lo que evidencia que el actor tomó una decisión informada, más aún cuando no ejerció su derecho de retracto.

Respecto del reintegro de los gastos de administración y de la orden de pagar las diferencias de las mesadas pensionales entre el R.A.I.S. y el R.P.M., indicó que era improcedente de conformidad con el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 7.º de la Ley 797 de 1997, puesto que de los montos sobre los cuales se calcula el I.B.L. se excluye lo que debe destinarse para el pago de seguros previsionales para las contingencias de invalidez y sobrevivencia, así como para sufragar los gastos de administración del sistema por parte de las A.F.P. en cualquiera de los regímenes.

Frente a la condena en costas, señaló que no existen los presupuestos para imponer tal condena, puesto que ésta A.F.P. siempre actuó de buena fe, con rectitud y transparencia ante las solicitudes presentadas por parte de la actora conforme a lo dispuesto en la ley, por lo que no se produce ningún vicio del consentimiento que invalide la decisión del demandante de vincularse al R.A.I.S.

La demandada **COLPENSIONES**, solicitó que sea revocada íntegramente la sentencia de instancia; señaló, que respecto de lo que se le conminó a determinar, dicho grado de afectación económica o detrimento patrimonial que pueda sufrir la entidad sólo se pueden ver a futuro, ya que no se sabe si el monto de dinero ahorrado por el demandante alcanza a cubrir la prestación de vejez en el R.P.M. que se le vaya a conceder a futuro, más aún, si el demandante superara su expectativa de vida, lo que puede causar aún más perjuicios para la sostenibilidad financiera del sistema ya que no se hicieron las proyecciones correspondientes para planear dicha prestación con anticipación.

Respecto de la inversión de la carga de la prueba, señaló inconformidad con la tesis del despacho frente al acogimiento de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, puesto que la misma sólo se puede aplicar a personas que tengan expectativas legítimas, se encuentren en régimen de transición, estuvieren próximos al cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho pensional o que con el cambio de régimen se hubiere afectado de manera grave el mismo, lo cual no ocurre en este caso.

I. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 28 de diciembre de 1956 (f.º 28); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 26 de julio de 1976 (f.º 74); **iii)** que al 1.º de abril de 1994, tenía 684.46 semanas cotizadas al R.P.M.; **iv)** y que el 31 de octubre de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 118), 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 folios 118, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 31 de octubre de 2001, con la A.F.P. HORIZONTE, 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.”

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 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

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 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 HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. S.A., el 31 de octubre 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,

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

RESUELVE:

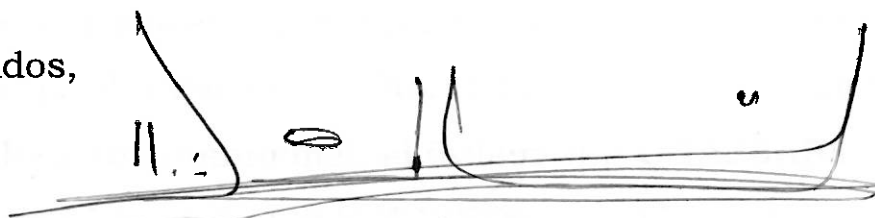
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de julio de 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

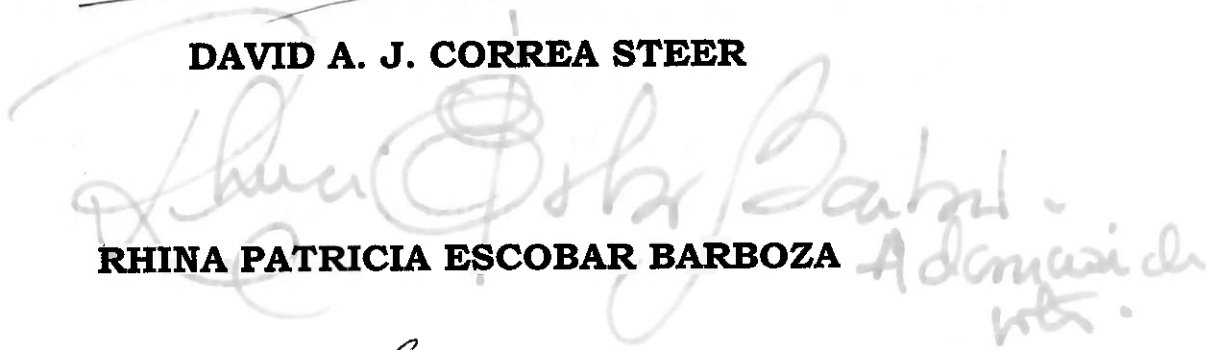
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 TERESA RINCÓN CÁRDENAS** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 033 2018 00203 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 entidades demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; como consecuencia de lo anterior, se declare que siempre ha permanecido afiliada al R.P.M. y se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes realizados a dicho fondo; que se condene al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se apliquen las facultades extra y ultra petita.

Para el efecto, manifestó que nació el 18 de febrero de 1963; que cotizó en el R.P.M. en el periodo comprendido entre el 1.º de abril de 1986 al 31 de mayo de 1994, un total de 423 semanas; que en el mes de junio de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo PORVENIR S.A.; que dicha decisión de traslado no fue informada, autónoma, ni consciente, ya que no se le brindó una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que impactaría la mesada pensional.

Señaló, que reclamó administrativamente a PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES, el 22 de febrero de 2018, solicitando la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada por cada entidad, los días 27 de febrero de 2018, y 7 de marzo de 2018, respectivamente (f.º 52-58).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de abril de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 61).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a PORVENIR S.A.; indicó que pese a que la demandante alegue falta de información para la época del traslado, las características, condiciones y modalidades pensionales propias del R.A.I.S. se encuentran plasmadas en los artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional, impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, toda vez que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para atribuir a la A.F.P. la responsabilidad de haber omitido la información al respecto, ya que éste señalamiento lo hace la ley.

Indicó, que la permanencia de la actora en el R.A.I.S. es una forma de ratificar sus actos dentro del contrato, sumado a que ésta no ejerció ninguna acción para buscar la rescisión y/o nulidad del contrato dentro del término previsto para ello. Finalmente, arguyó que a la demandante no se le afectó ninguna expectativa legítima al momento del traslado, puesto que no era beneficiaria del régimen de transición, ya que tenía 31 años de edad, y sólo 8 años de servicios al 1.º de abril de 1994.

Propuso como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica. (f.º 68 - 80).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, ya que ésta entidad sí le brindó una asesoría integral a la demandante acerca de las características, funcionamiento y modos de pensión del R.A.I.S., aunado a ello, el acto de vinculación de traslado de régimen es válido, por cuanto no se celebró en contra de

prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento ni se realizó bajo engaños ni medio coacción alguna.

Propuso las excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, la innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (f.º 98 - 105).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 67).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 24 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al R.A.I.S., que en su caso administra PORVENIR S.A., y con esto la afiliación de la demandante realizada el 20 de mayo de 1994; como consecuencia, declaró que actualmente la demandante se encuentra afiliada de manera efectiva al R.P.M.

Además, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, y a ésta a recibir, el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración; finalmente, condenó a PORVENIR S.A. a pagar, de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el R.A.I.S. y su equivalente en el R.P.M., las cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio y conminar a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales

sumas, si a ello hubiere lugar.

En lo que interesa a la alzada, consideró respecto del deber de información que para la fecha del traslado, la obligación de las A.F.P. era la de suministrar la información necesaria y transparente en aras de garantizar una afiliación libre y voluntaria, por lo que debía describir las características, condiciones de cada régimen, junto con las consecuencias de un traslado entre los mismos, así como los elementos para que la afiliada comprendiera de manera objetiva y lógica el funcionamiento de ambos regímenes, lo cual no probó la A.F.P. demandada, teniendo la carga para hacerlo, ni se evidencia únicamente con la suscripción del formulario de afiliación, ya que el mismo contiene únicamente datos básicos de la demandante, su empleador y sus beneficiarios.

Indicó además, que para que proceda la declaratoria de nulidad no se requiere que el derecho esté causado o ad portas de ser adquirido, ni ser beneficiario del régimen de transición, ya que esto vulneraría el derecho a la igualdad frente a los demás afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Respecto de la excepción de prescripción, propuesta por las demandadas, indicó que la misma no aplica en este caso, puesto que los derechos pensionales son imprescriptibles.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que cada régimen pensional tiene aspectos favorables y desfavorables frente al otro, razón por la que el ordenamiento jurídico le entregó al afiliado la opción de escoger entre

uno y otro. Sumado a ello, de conformidad con el Artículo 11 del Decreto 1164 de 1994, el Decreto 1642 de 1995 y las Circulares 034 y 037 de 1994 de la Superintendencia Financiera para que la afiliación al R.A.I.S. se refute válida es suficiente la firma del formulario de afiliación, con lo cual la aquí demandante dejó plasmada su voluntad libre y espontánea.

Indicó, que la sentencia es ultra y extra petita al condenar a esta A.F.P. al pago de las diferencias del cálculo pensional equivalente cuando se traslade, lo que constituiría un enriquecimiento sin justa causa de COLPENSIONES, sumado a que ese dinero irá a un fondo común y no directamente a la demandante. Además, respecto de la devolución de los gastos de administración, arguyó que se encuentran autorizados en la Ley 100 de 1993, y los mismos, ya no se encuentran en poder de esta entidad, toda vez que fueron utilizados para adquirir seguros provisionales que cubrieran las contingencias de muerte y enfermedad de la demandante.

Frente a la condena en costas, señaló que COLPENSIONES también debería ser condenado al pago de las mismas, toda vez que dicha entidad no se allanó en el proceso y fue vencido en juicio.

La demandada **COLPENSIONES**, señaló que pese a que está de acuerdo con la decisión tomada por el despacho de condenar a la A.F.P. a compensar las diferencias entre lo que se ahorró y lo que se debía aportar, en este momento ésta entidad no puede determinar realmente cuál es la incidencia y los perjuicios que se puedan llegar a causar a la entidad a futuro con la ineficacia de la afiliación ya que no saben si el monto de dinero ahorrado por la demandante alcanza a cubrir la prestación de vejez en el R.P.M. o si la misma superará su expectativa de vida, lo que puede causar aún más perjuicios para la

sostenibilidad financiera del sistema posteriormente, más aun cuando la misma no contribuyó con la solidaridad del mismo.

Respecto de la inversión de la carga de la prueba, señaló inconformidad con la tesis del despacho frente al acogimiento de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, puesto que la misma sólo se puede aplicar a personas que tengan expectativas legítimas, se encuentren en régimen de transición, estuvieren próximos al cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho pensional o que con el cambio de régimen se hubiere afectado de manera grave el mismo, lo cual no ocurre en este caso.

I. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional 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 18 de febrero de 1963 (f.º 4); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 11 de septiembre de 1986 (f.º 87); **iii)** que al 1.º de abril de 1994, tenía 389 semanas cotizadas al R.P.M.; **iv)** y que el 20 de mayo de 1994, 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 10 y 109), 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 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 10 y 109, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 20 de mayo de 1994, 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 20 de mayo de 1994, 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.

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:

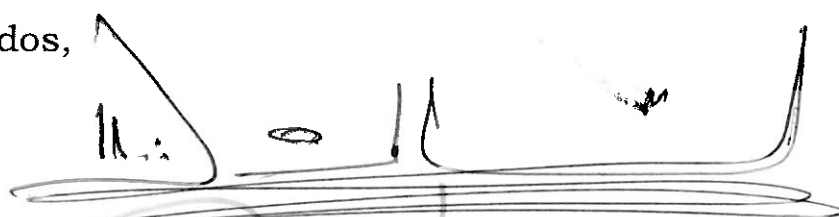
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

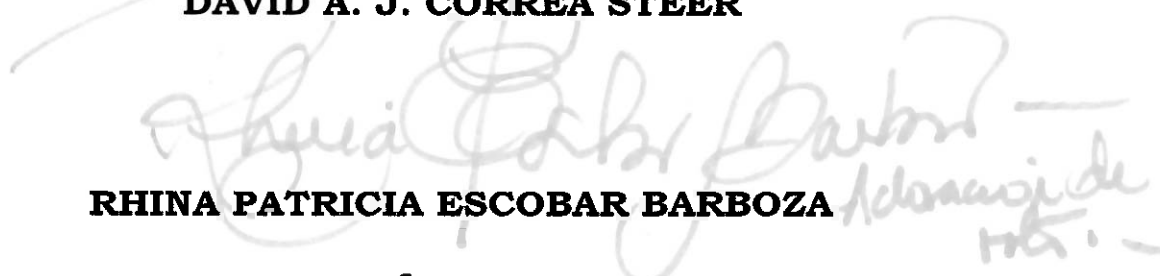
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 **JORGE ELIÉCER CORTÉS BARRERA** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 034 2019 00079 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa a la alzada, pretendió el demandante que se declare la nulidad e ineficacia del traslado inicial del R.P.M. al R.A.I.S. administrado por la A.F.P. SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a efectuar su retorno inmediato al R.P.M. manteniendo los beneficios de dicho régimen. Así mismo, se ordene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, y a éste a recibir, todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos, cotizaciones y cualquier suma adicional del asegurado, junto con los rendimientos causados, como lo dispone el Artículo 1746 del Código Civil.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 16 de noviembre de 1957; estuvo afiliado y cotizó al R.P.M. administrado por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 20 de marzo de 1984; que se trasladó al R.A.I.S. administrado por SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., y que dicho formulario de afiliación fue diligenciado por un asesor de esa A.F.P.; que para el momento del traslado no se encontraba cobijado por el régimen de transición consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, modificado por el Decreto 758 del mismo año.

Indicó, que las A.F.P. demandadas faltaron al deber profesional de información al no suministrar una información clara, completa y cierta acerca de las implicaciones y consecuencias del cambio de régimen pensional; que no se le proporcionó información ni buen consejo para dicho traslado, con base en un estudio objetivo y actuarial particular; que no se le informó que al trasladarse de régimen renunciaba al R.P.M. al que tenía derecho, para someterse

al R.A.I.S., ni el que valor de su pensión dependería de la modalidad de retiro programado y que el posible monto estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, entre otras variables; que no se le indicó el valor ni los porcentajes mensuales que se efectuarían por la administración de los recursos; y que no se le informó que bajo el R.P.M. tenía un derecho pensional cierto, que ya estaba causado y que se consolida en una mesada pensional con un valor vitalicio constante, resultante de aplicar un porcentaje establecido en la ley y acorde con el número de semanas cotizadas.

Reclamó administrativamente a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pero las peticiones fueron negadas (f.º 1-17).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 89).

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 del 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 el 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, y la innominada o genérica (f.º 121 - 130).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a las pretensiones, toda vez que el demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado al R.A.I.S., manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al R.A.I.S. Sumado a ello, el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante no se materializó en contra de una prohibición legal, sino al contrario, en el mismo se dio cumplimiento a todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico.

Formuló como excepciones de mérito las 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 148 - 156).

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al R.A.I.S. al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin

presiones el formulario de afiliación a la A.F.P. COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. y posteriormente, a la A.F.P. PORVENIR S.A. a donde continúa actualmente afiliado, por lo que ratificó su decisión de traslado; indicó, que pese a que el ordenamiento jurídico establece la libre escogencia entre regímenes, dicha posibilidad se encuentra limitada cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo para los afiliados que tuvieran 15 años cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, fuese beneficiario del régimen de transición o tuviese una expectativa cercana de acceso a la pensión situaciones en que no se encuentra el demandante.

Indicó, que pese a que el demandante alegue falta de información para la época del traslado, las características, condiciones y modalidades pensionales propias del R.A.I.S. se encuentran plasmadas en los artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional, impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, toda vez que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para atribuir a la A.F.P. la responsabilidad de haber omitido la información al respecto, ya que éste señalamiento lo hace la ley.

Arguyó, que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte, sumado a que ésta no ejerció ninguna acción para buscar la rescisión y/o nulidad del contrato de afiliación al R.A.I.S. dentro del término previsto para ello.

Propuso como excepciones las denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el

consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica. (f.º 177 - 194).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de marzo de 2020, declaró nulidad del traslado del demandante del R.P.M. al R.A.I.S. efectuado el 10 de junio de 1999 a PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a PORVENIR S.A.; condenó a PORVENIR S.A. a reintegrar a COLPENSIONES, y a éste a recibir, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como 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, las absolvió de las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas.

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 PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A., incumplió con su deber de información al no ser diligente en la entrega de dicha información al afiliado, por lo que el traslado del 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

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación solicitando que fuese revocada la sentencia en su totalidad. Respecto de la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, indicó que la afiliación a ésta A.F.P. se realizó de manera posterior al traslado de régimen, por lo que estamos hablando de un traslado horizontal y de una ratificación de la voluntad del demandante de permanecer vinculado al R.A.I.S., tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia con radicado 52704.

Frente a la devolución de los gastos de administración, indicó que dicha condena no guarda congruencia con lo declarado en la sentencia, esto es, tener como si nunca se hubiese celebrado dicho negocio jurídico, ya que los mismos ya se consumieron porque su

finalidad era cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, de manera que devolverlos sería desconocer que durante el tiempo que estuvo el demandante afiliado a ésta A.F.P. los mismos no estuvieron cubiertos. Igual considera respecto de la devolución de los rendimientos generados, ya que los mismos no se hubiesen causado de haber estado afiliado al R.P.M., por lo que, como consecuencia de lo anterior y por haber actuado de buena fe, no tendría tampoco que haberse generado condena en costas.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que de acuerdo con las calidades del demandante, su profesión y su experiencia laboral se pudo haber previsto, para el momento de la afiliación, una posible diferencia prestacional al momento de tomar la decisión de trasladarse de régimen.

Sumado a lo anterior, indicó que aunque se reintegren los valores ordenados en la sentencia, los mismos no son suficientes para soportar el cálculo actuarial del demandante teniendo en cuenta su promedio de vida y con base en la sostenibilidad financiera del sistema, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia C-202 de 2004, y C-062 de 2010.

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 16 de noviembre de 1957 (f.º 33); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de marzo de 1984 hasta el 30 de junio de 1999 (f.º 196 a 199); **iii)** que a 1.º de abril de 1994, tenía un total de 524,1 semanas cotizadas en el R.P.M.; **iv)** y que el 10 de junio de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 36 y 131) y el 25 de septiembre de 2003, se trasladó a PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliado (f.º 39).

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 junio de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 36 y 131), y el 25 de septiembre de 2003, se trasladó a PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliado, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la

información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, 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

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

(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.

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 sumas adicionales de la aseguradora, que la Sala de

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

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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, 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 rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En este punto se precisa, que no le asiste razón a PORVENIR S.A. al afirmar que la condena por gastos de administración no guarda congruencia alguna, por cuanto la *a quo* no emitió condena al respecto.

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 10 de junio de 1999, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 36 y 131) y el 25 de septiembre de 2003, se trasladó a PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliado, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

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 10 de marzo 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**,

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

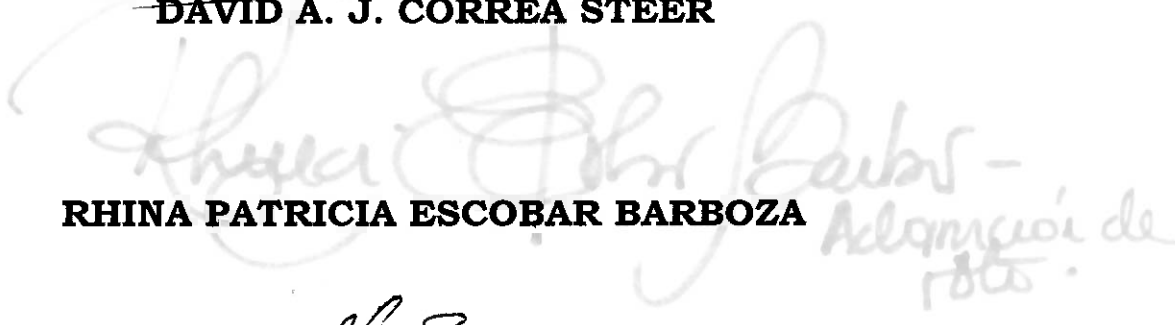
atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA