



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **HERNÁN NOVOA ROJAS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 003 2018 00577 01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril 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 ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020, por el Juzgado 3.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por PORVENIR S.A., el 28 de noviembre de 1997, y con fecha de efectividad del 1.º de enero de 1998, por la omisión de información y del deber de asesoría, de parte de dicho fondo.

Consecuencialmente, que se condenara a PORVENIR S.A., a entregar o restituir a COLPENSIONES, los valores obtenidos en virtud de su vinculación, con las cotizaciones y todos los rendimientos que se hubieren causado, suma esta que asciende a \$409.759.525; a COLPENSIONES a recibir dicho valor, a tenerlo como afiliado, y a contabilizarle, para efectos de su pensión, las semanas que cotizó en el R.A.I.S; a ambas demandadas, a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Subsidiariamente, solicitó que se declarara la ineficacia e inoperancia de los efectos, del traslado realizado por el, del R.P.M. al R.A.I.S.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que se afilió al sistema general de pensiones el 1.º abril de 1983; que el 28 de noviembre 1997, se afilió al R.A.I.S. a través de Porvenir S.A.; que al momento del traslado, no fue asesorado, ni informado de las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el R.A.I.S., los beneficios, desventajas o inconvenientes de este régimen, y en general, las implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de trasladarse.

Agregó, que no le fue realizada una proyección de la mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad; que radicó ante Colpensiones un derecho de petición mediante el cual solicitó la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional; que el 13 de agosto de 2019 dicha entidad rechazó su petición, y que actualmente se encuentra cotizando en PORVENIR S.A.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de septiembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 57).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Manifestó, que le correspondía a PORVENIR S.A., verificar y comprobar que le haya dado información oportuna, efectiva y veraz al demandante, al momento del traslado de régimen, por cuanto Colpensiones no tuvo nada que ver con la decisión que, de forma libre y espontánea asumió el actor.

Propuso como excepciones la de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y prescripción (f.º 73 - 79).

PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones del demandante. Esgrimió que, en ningún momento omitió el deber de información, y que la afiliación del demandante se realizó con el agotamiento de todos los requisitos exigidos por la ley.

Alegó en su favor, las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 89 - 96).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor del I.S.S., hoy COLPENSIONES a Porvenir S.A, suscrita el 28 de noviembre de 1997, con efectividad a partir del 1.º de enero de 1998, para entender vinculado al demandante, en forma válida al R.P.M. administrado por Colpensiones; condenó a PORVENIR S.A a devolver a Colpensiones, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias y voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales, en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno; ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros que efectúe Porvenir S.A., para que procediera a activar la afiliación del actor, como si nunca se hubiese trasladado del R.P.M.; y así mismo, actualizara la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado; declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, y las condenó en costas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Esgrimió, que no compartía la valoración probatoria que realizó el *a quo*, por cuanto

se pudo acreditar que el demandante tuvo conocimiento sobre las diferentes características de los regímenes pensionales.

Arguyó, que para darle validez a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, aludida en el fallo, las personas debían tener unas características especiales, entre ellas, la inexistencia absoluta de comunicación entre el afiliado y el representante de la A.F.P., lo que en el presente caso no ocurrió.

Manifestó, que la condena en costas no era procedente como quiera que en cumplimiento del deber legal que le asiste, únicamente verificó que el demandante, al momento de presentar su demanda, no se encontrara inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, según la cual, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falte 10 años o menos para cumplir la edad pensional.

PORVENIR S.A., arguyó que la información que le brindó al demandante, en el momento de su traslado, fue totalmente clara, completa y transparente, a la luz de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios.

Expresó, que pese a que el demandante permaneció por más de 25 años afiliado a R.A.I.S, nunca manifestó alguna inconformidad respecto de su afiliación, y que el hecho de que el *a quo* declarara la nulidad del traslado, suponía un dolo que no fue probado ni alegado en el proceso.

Dijo, que el demandante a pesar de no haber aportado el formulario de afiliación, en el interrogatorio que se le practicó, admitió haberlo firmado, así como que sabía sobre su ahorro y la

proyección de la mesada pensional, sin que el juez de instancia haya tenido en cuenta dichas declaraciones.

Señaló, que el demandante está inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003, e indicó que debía tenerse en cuenta, respecto de la condena de gastos de administración, que los mismos no hacen parte integral de la pensión, y que el traslado de estos implica que se genere un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad por no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado, por parte de las entidades aquí demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones; finalmente, si hay lugar o no, a la condena en costas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 28 de marzo de 1958 (f.º 27); **ii)** estuvo afiliado al extinto I.S.S., hoy Colpensiones, desde el 1.º de abril de 1983 hasta el 30 de noviembre de 1997, cotizando un total de 741.57 semanas (f.º 32 - 33); **iii)** y que el 28 de noviembre de 1997, se trasladó a PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º de enero 1998 (f.º 36, 98), y actualmente se encuentra vinculado a ese fondo, con un total de 1058 semanas cotizadas al 6 de agosto de 2018, según lo informado por dicha A.F.P., en la historia laboral que reposa de f.º 38 a 41.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se tiene que el 28 de noviembre de 1997, el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., (f.º 36, 98 y 110), 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 consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y

sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto

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

es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante

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

de COLPENSIONES a la A.F.P. PORVENIR S.A., el 28 de noviembre de 1998, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y devolución de saldos que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, sobre la condena en costas impuesta a COLPENSIONES, es menester aclarar que el numeral 5º del artículo 366 del Código General del Proceso, dispone que *«la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas»*, por lo que esta sala se encuentra inhabilitada para pronunciarse al respecto, como quiera que este no es el momento procesal oportuno para tal efecto.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

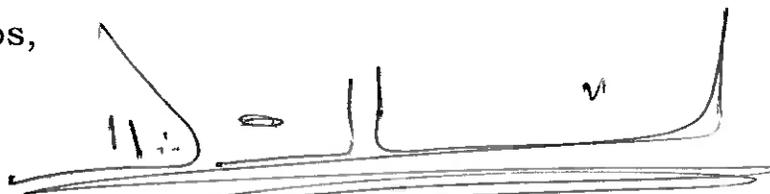
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

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

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. M. H. P.', written in a cursive style.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. C. Á.', written in a cursive style.

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 **LUIS ÁNGEL BONILLA GÓMEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 003 2019 00868 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 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 ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020, por el Juzgado 3.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar el incremento pensional por persona a cargo, previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, desde el 23 de agosto de 2016; razón por la cual, su pensión debe ser reliquidada teniendo en cuenta este concepto.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el extinto I.S.S., le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.º 022450 de 2006, por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, razón por la cual, la norma aplicable para el reconocimiento de su pensión de vejez fue el Decreto 758 de 1990; indicó, que contrajo matrimonio con la Señora María Delia Gómez de Bonilla, el 19 de julio de 1975, quien depende económicamente de él, no posee rentas y no tiene ningún beneficio del Estado; reclamó administrativamente el día 28 de agosto de 2019, sin embargo, su solicitud fue negada (f.º 5-12).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 15 de enero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 27).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que en el presente caso se debe dar aplicación a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-140 de 2019, donde se declaró la derogatoria orgánica de los incrementos pensionales con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, salvo para los afiliados que hubieren causado su derecho a la pensión de vejez antes del 1.º de abril de 1994, situación que no se presenta con

el demandante, pues el mismo adquirió su estatus pensional el 23 de junio de 2005.

Formuló como excepciones de mérito las de buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación al reconocimiento del 14% señalado en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad, prescripción de los incrementos, legalidad de los actos administrativos demandados e imposibilidad de indemnización por costas judiciales (exp. virtual, doc. 1, págs. 1-15).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (f.º 32).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de diciembre de 2020, absolvió a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y no condenó en costas.

Para llegar a tal conclusión, indicó que, pese a que el demandante cumple los requisitos para acceder al reconocimiento del incremento pensional, de acuerdo con la postura adoptada por la Corte Constitucional desde la Sentencia T-456 de 2018, y posteriormente, con la expedición de la SU-140 de 2019, los incrementos pensionales por persona a cargo se encuentran derogados a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que hubiesen adquirido su derecho pensional antes del 1.º de abril de 1994, cosa que no sucedió en este caso.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, acogía el criterio mayoritario de la H. Corte Suprema de Justicia, adoptado en sentencia SL-29751 de 2005, según el cual los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo que debían entenderse como parte del régimen de prima media con prestación definida, en virtud del artículo 31 *ibídem*. No obstante, al reexaminarse el tema por los integrantes de la sala, se hace necesario replantear dicha postura, y acoger en su lugar, la establecida por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, por encontrarse ajustada a los principios de sostenibilidad financiera, solidaridad, y universalidad, que rigen el sistema general de pensiones.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo n.º 049 de 1990, conservan o no, su vigencia en el nuevo sistema pensional.

En sentencia SU-140 de 2019, la Corte Constitucional concluyó que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron derogados orgánicamente a partir de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que es claro que, el referido artículo no produce efecto alguno respecto de aquellos que hayan adquirido su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema pensional.

Igualmente, se aclaró que, la transformación sustancial que sufrió el sistema de pensiones hizo necesario el establecimiento de un régimen de transición, cuyo fin consistiera en la salvaguarda de la legítima expectativa de las personas que estaban cerca de adquirir el derecho principal de pensión, bajo las previsiones del sistema pensional anterior, pero que la misma no se hizo extensiva a derechos accesorios de dicha pensión, como es el caso de los incrementos pensionales, máxime si se tiene en cuenta que éstos no fueron dotados de naturaleza pensional, por expresa disposición del artículo 22 del Decreto 758 de 1990, el cual dispuso que éstos subsistían mientras perduraran las causas que les dieron origen; así como el hecho de que no tienen efecto ultractivo alguno.

De otra parte, la Corte señaló que el reconocimiento de los beneficios extrapensionales causados con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, resulta incompatible con el inciso constitucional establecido en el artículo 1.º, del Acto Legislativo n.º 1 de 2005, de que *“Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, (...) serán los establecido por las leyes del sistema general de pensiones”*.

En este orden, como tales incrementos están incorporados en una norma anterior a la Ley 100 de 1993, y son distintos a los previstos en el nuevo sistema pensional, perdieron toda eficacia de acuerdo con la norma constitucional citada con antelación.

Igualmente, dijo la Corte que los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, resultan incompatibles con el principio de sostenibilidad financiera, cuyo fin es que las medidas futuras que se adopten preserven el equilibrio financiero del sistema general de pensiones, así como con el principio de solidaridad, según el cual, los recursos del erario público en el Sistema de Seguridad Social se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerable, y el de

universalidad, esto es, la garantía de protección para todas las personas.

De todo lo anterior, se colige que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, solo podrán reconocérseles a quienes hayan adquirido este derecho antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, por cuanto con la expedición de dicha norma, éstos desaparecieron del ordenamiento jurídico en virtud de su derogatoria orgánica, así como que éstos no fueron protegidos por el régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibídem*, como quiera que éste se limitó a proteger las expectativas legítimas de quienes estaban cerca de adquirir su derecho pensional, conforme a los requisitos pensionales consagradas en el sistema pensional anterior.

Ahora bien, en el presente caso no fue objeto de discusión que mediante Resolución n.º 022450 del 2006, el extinto I.S.S., le reconoció al demandante la pensión de vejez, a partir del 23 de junio de 2005, de acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo n.º 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (f.º 13).

Es decir, que el actor venía cotizando bajo el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero no llegó a cumplir con los requisitos necesarios para pensionarse en vigencia de ese régimen, por cuanto la pensión le fue reconocida en el año 2005; por lo que, conforme con los lineamientos establecidos en la Sentencia SU-140 de 2019, no tiene derecho al incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, establecido en el Decreto 758 de 1990.

En este orden, habrá de **confirmarse** la sentencia consultada, 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 14 de diciembre de 2020, por el Juzgado 3.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



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 **CARMEN EMILIA NAVARRETE ÁLVAREZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 004 2019 00225 01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril 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 ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2020, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado al R.A.I.S., administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., por la insuficiente información y asesoría, lo cual la llevó a un falso conocimiento del trámite del traslado de régimen pensional, sumado a que, dicha A.F.P. incurrió en la omisión del deber de brindar información respecto de las ventajas y desventajas del régimen administrado por éste fondo; consecuentemente, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar todos los aportes efectuados al R.A.I.S. a COLPENSIONES, quien deberá aceptarlos y registrarla como afiliada al R.P.M. sin solución de continuidad.

Para el efecto, manifestó que nació el 20 de octubre de 1966; que se afilió al I.S.S. hoy COLPENSIONES, desde el mes de junio de 1989; que a partir del mes de julio de 1995, se trasladó al R.A.I.S., Fondo PROTECCIÓN S.A.; que en ese momento no le informaron las consecuencias positivas o negativas de trasladarse de régimen, ni la posible pérdida de beneficios y garantías con que contaba por estar afiliada al R.P.M., pues la asesoría del fondo se basó en indicar que al trasladarse al R.A.I.S. podría pensionarse a cualquier edad, con un mejor monto pensional y con mayores garantías que en el R.P.M. (f.º 3 - 6 y 23 a 28).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 10 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 31).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que la demandante se trasladó

al R.A.I.S. de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, por lo que su afiliación es válida, sumado a que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se presentó algún vicio del consentimiento al momento de su afiliación, que lleve a invalidar la misma. Finalmente, indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, por lo que se hace imposible tenerla como afiliada en el R.P.M., pues, tal decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de la afiliación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y presunción de legalidad de los actos jurídicos (f.º 38 - 52).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que la decisión de la demandante de afiliarse a esta entidad fue libre, voluntaria y exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento, razón por la cual, las pretensiones incoadas no tienen ningún tipo de fundamento, ni están llamadas a prosperar, pues, la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen.

Formuló como excepciones mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y, reconocimiento de restitución mutua en favor

de la A.F.P.: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (f.º 95 - 108).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 37).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de diciembre de 2020, declaró la nulidad de la afiliación de la demandante al R.A.I.S., administrado por PROTECCIÓN S.A., por lo que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES; y como consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus correspondientes rendimientos financieros, quien está en la obligación de recibirlos y de aceptar el traslado de la demandante al R.P.M.; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia proferida por el a quo en su totalidad, toda vez que, debe tenerse en cuenta que la demandante faltó al deber de diligencia y cuidado que tiene como consumidora financiera, pues, desde el momento de su traslado guardó silencio y no se preocupó por su situación pensional. Adicionalmente, señaló que de conformidad con el material probatorio allegado al plenario, no puede establecerse que el fondo incurrió en una falta de asesoría, ni que para el momento del traslado, la demandante hubiese sido coaccionada, ya que de su

interrogatorio de parte se extracta el conocimiento de características del R.A.I.S., ventajas y desventajas, funcionamiento del sistema y de la finalidad de efectuar aportes voluntarios. Finalmente, manifestó que para la fecha del traslado, la demandante no tenía ninguna expectativa legítima y ningún derecho adquirido, pues no cumplía con el requisito de edad, ni de densidad de cotizaciones para ser beneficiaria del régimen de transición, razón por la cual, la decisión adoptada por el a quo atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 20 de octubre de 1966, lo cual es pacíficamente aceptado por las partes; **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 14 de junio de 1989 (f.º 55); **iii)** que al 1.º de abril de 1994, tenía 222 semanas cotizadas al R.P.M.; **iv)** y que el 19 de julio de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme a la solicitud de vinculación allegado al proceso (f.º 12 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 la afiliada era o no beneficiaria 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 12 y 109, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 19 de julio de 1995, 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 consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos cotizaciones, y rendimientos financieros, 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:

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

“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 las cotizaciones y rendimientos financieros, 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 lo 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 19 de julio de 1995, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

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

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

RESUELVE:

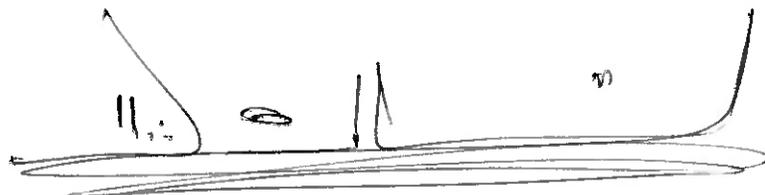
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2020, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



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 **GUILLERMO ALBERTO PAVA BUELVAS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 004 2019 00425 01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril 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 ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, 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 15 de febrero de 2021, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de su afiliación efectuada el día 1.º de abril de 2007, con la A.F.P. PORVENIR S.A.; por lo que consecuentemente, se deben devolver a COLPENSIONES, todos los aportes a pensiones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, así como los rendimientos financieros causados por los aportes efectuados y que posee la A.F.P. PORVENIR S.A.; que se ordene a COLPENSIONES a recibir los valores que le sean trasladados; y que su afiliación en el R.P.M. se mantenga incólume, como si nunca se hubiere efectuado el traslado.

En lo que interesa a la alzada, manifestó que nació el 25 de julio de 1957; que inicialmente se afilió al Sistema General de Seguridad Social en el R.P.M. y que, el 26 de febrero de 2007, se trasladó al R.A.I.S., administrado por PORVENIR S.A.; que solicitó a ésta A.F.P. una certificación de la información otorgada al momento del traslado, pero la misma indicó, que para ese momento, la asesoría se brindaba de manera verbal, razón por la cual, no contaba con los soportes respectivos; que al momento del traslado. los asesores sólo le indicaron que en el R.A.I.S. podría obtener una mesada pensional más elevada, que se podría pensionar sin importar la edad y que el I.S.S. se iba a acabar, por lo que era un riesgo seguir cotizando en esta entidad.

Finalmente, señaló que reclamó administrativamente a las entidades demandadas el 2 de octubre de 2018, pero no se ha dado respuesta a las peticiones (f.º 5 -21).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 82).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que el demandante se trasladó al R.A.I.S. de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, por lo que su afiliación es válida, sumado a que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se presentó algún vicio del consentimiento al momento de su afiliación, que lleve a invalidar la misma. Finalmente, indicó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, por lo que se hace imposible tenerlo como afiliado en el R.P.M., pues, tal decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de la afiliación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y presunción de legalidad de los actos jurídicos (f.º 85 - 98 y 202).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Señaló, que la afiliación del demandante a ésta A.F.P. fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, por lo que, él conocía plenamente y con anterioridad las implicaciones de su decisión, de conformidad con su situación pensional individual, sumado a que, desde que se afilió a ésta A.F.P. nunca expresó

inconformidad por ausencia de información, por lo que, después de 12 años, no es procedente pretender hacer valer un vicio del consentimiento que no existió, y el cual no logra probarse siquiera sumariamente en la presente demanda.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (f.º 157 - 188).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 84).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de febrero de 2021, declaró la nulidad de la afiliación del demandante al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A., para tenerlo válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, con sus correspondientes rendimientos, gastos de administración y comisiones; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado del actor al R.P.M., por lo que deberá resolver la solicitud pensional que le presente el afiliado; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia proferida por el a quo en su totalidad, ya que, en primer lugar, el demandante abanó su situación pensional desde el momento de su traslado de régimen pensional, el cual se efectuó de manera libre y voluntaria, sin coacción alguna. Adicionalmente, indicó que de

lo dicho por el demandante en el interrogatorio de parte, se puede establecer que sí se le indicaron características y particularidades del R.A.I.S.

Finalmente, manifestó que para la fecha del traslado, el demandante no tenía ninguna expectativa legítima y ningún derecho adquirido, pues no cumplía con el requisito de edad, ni de densidad de cotizaciones para ser beneficiario del régimen de transición, razón por la cual, la decisión adoptada por el a quo atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que la decisión del a quo se fundamentó en que el consentimiento del demandante no fue informado, sin embargo, éste debió tener en cuenta la Sentencia proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, SC 1930 de 2017, la cual, respecto de la eficacia de los actos jurídicos, establece que los mismos se presumen válidos siempre que se tenga capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, y se lleve a cabo con el cumplimiento de los requisitos legales; razón por la cual, para desvirtuar tal presunción debió demostrarse la ocurrencia de vicios internos o la falta de solemnidades requeridas, lo cual no se demostró

Además, respecto de la devolución de los gastos de administración, arguyó que tal orden constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, ya que los mismos son la retribución normal y mínima de la actividad realizada por ésta A.F.P. durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a la misma, sumado a que, de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Financiera, en casos como este, en los que se ordene la ineficacia del traslado, lo procedente es que se respeten las

restituciones mutuas, razón por la cual, tal devolución no es procedente.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 25 de julio de 1957 (f.º 23); **ii)** que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 14 de diciembre de 1984, donde, para el 1.º de abril de 1994, tenía un total de 25.57 semanas cotizadas (f.º 101); **iii)** que el 26 de febrero de 2007, 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 45 y 189), 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 45 y 189, se avizora el formulario que el demandante suscribió el 26 de febrero de 2007, 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 consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y

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

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

comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos cotizaciones, rendimientos, comisiones 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 todas las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración cobrados y comisiones, 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 lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. PORVENIR S.A. el 26 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, comisiones y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

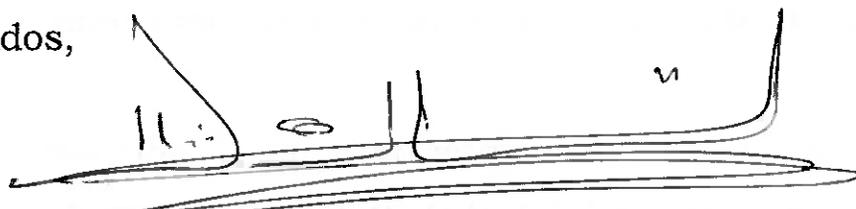
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. Correa Steer', with a small 'v' mark above the end of the signature.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', written in a cursive style.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marceliano Chávez Ávila', written in a cursive style.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CAMILO SOTO MONTOYA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 005 2018 00247 01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril 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 STL4051-2021 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de la afiliación con Porvenir S.A., y por tanto se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones; en consecuencia, se condene a Old Mutual a

trasladar a Colpensiones todos los aportes de la cuenta individual, junto con los rendimientos y bonos pensionales; así como a Porvenir S.A. a devolver los dineros cobrados por concepto de primas de seguros para atender los riesgos de invalidez y sobrevivientes, aportes a fondo de solidaridad pensional y gastos de administración.

Como fundamento fáctico relevante, manifestó que nació el 1.º de agosto de 1959; realizó cotizaciones al Régimen de prima Media con Prestación Definida desde el 1.º de febrero de 1983 y hasta octubre de 2002; el 1.º de noviembre de 2002, mientras laboraba en el Instituto Nacional de Cancerología fue visitado por la asesora de Porvenir S.A., Luz Marina Corredor Azza, quien sin verificar si le era conveniente el traslado, y sin tener en cuenta su edad y cotizaciones, le ofreció trasladarlo de régimen; no fue orientado de manera adecuada, ni le dieron a conocer las características de cada régimen; le indicaron que podría pensionarse en cualquier tiempo, y que la mesada pensional que obtendría sería equivalente al 90% del último salario cotizado, por lo que firmó el formulario de afiliación.

Agregó, que el 4 de mayo de 2015, se trasladó a Old Mutual S.A., debido a que la asesora de esta administradora la ofreció mejor rentabilidad; por su cuenta, contrató una asesoría pensional en diciembre de 2017, en la que se proyectó que su mesada pensional en Colpensiones sería de \$7.925.000, mientras que en el R.A.I.S. sería de \$ 3.927.493, presentándose una diferencia de \$ 4.068.092; el 28 de febrero de 2018, solicitó a las demandadas el traslado de régimen, pero Colpensiones le negó la solicitud por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse; en la misma fecha solicitó a Old Mutual S.A. una proyección pensional, y la misma arrojó como mesada pensional en el R.A.I.S. \$3.724.000.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 8 de junio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de prima Media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación, ni de reajuste alguno, y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria.

Porvenir S.A., también se opuso a las pretensiones del actor. Alegó en su favor las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, y enriquecimiento sin causa.

Old Mutual S.A., igualmente se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Invocó las excepciones de prescripción, y buena fe.

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de septiembre de 2019, declaró la nulidad del traslado de Régimen de Prima media al de ahorro individual a través de Porvenir

S.A; ordenó a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses; condenó a Colpensiones a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a Porvenir S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones, aseveró que pese a que el demandante tuvo la oportunidad de retornar al Régimen de Prima Media no lo hizo, y que este sí fue debidamente asesorado. De otra parte, indicó que a Old Mutual le correspondería reconocerle la pensión al demandante con los mismos beneficios que tendría en el R.P.M.

Porvenir S.A., señaló que en el interrogatorio de parte el actor admitió haber recibido información clara, precisa, y concreta de cada uno de los regímenes pensionales, a pesar de que no recordaba la información recibida en la asesoría probamente, en todo caso, sí se le informó sobre las condiciones y el capital requerido para pensionarse en el R.A.I.S., así como del derecho de retractarse de su decisión. Además de debe tener en cuenta que para la época en que el demandante se trasladó la ley no exigía que se realizaran simulaciones pensionales, por lo que bastaba con brindar la información de manera verbal, y suscribir el formulario correspondiente.

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 ineficacia, por falta de información suficiente; en los términos establecidos en la sentencia STL4051-2021 de la Sala de Casación Laboral, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 28 de enero de 2021, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que la Sala de Casación Laboral del Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, hizo referencia a la providencia SL1452-2019 y esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

«(...) [L]a elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las Administradoras de Pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse.

«(...) [E]n cuanto al primer punto, es decir, al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió que «desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)».

«(...) [E]l simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto que «la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos 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 (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado».

«(...) [R]eferente a la carga de la prueba, se expuso que «el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (...) Paralelamente, 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». (...).»

Así las cosas, se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 1.º de agosto de 1959 (f.º 22); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de febrero de 1983 y el 31 de diciembre de 2002, 740.86 semanas cotizadas, por lo que a 1.º de abril de 1994, tenía un total de 582.42 semanas cotizadas, y 35 años (f.º 92); **iii)** el 1.º de noviembre de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º marzo de 2003 según reporte de Asofondos (f.º 155); **iv)** el 4 de mayo de 2015, realizó traslado horizontal a Old Mutual S.A. (f.º 57), donde continua actualmente afiliado con un total de 1.557.57 semanas cotizadas de acuerdo con la historia laboral que obra de f.º 123 a 134; 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 ineficacia 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.

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 Old Mutual S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia 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,

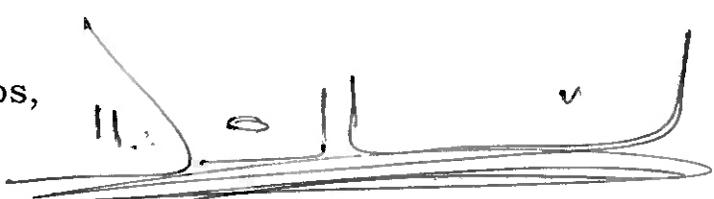
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, y en los términos establecidos en la sentencia STL4051-2021, 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.

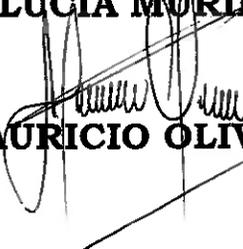
Los Magistrados,



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 **CARLOS EDUARDO ESPINOSA COVELLI** contra **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO - O.C.**

EXP. 11001 31 05 005 2018 00519 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril 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 ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante, contra el auto que negó el decreto de la práctica de pruebas, y contra la sentencia absolutoria, ambas decisiones proferidas el 10 de marzo de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en virtud de la estructuración del proceso que se estipula en el artículo 323 del Código General del Proceso.

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara que entre él y la demandada, existió un contrato laboral a término indefinido desde el 19 de enero de 2015 hasta el 11 de enero de 2018; que en el momento en que su empleadora finalizó el contrato sin justa causa, tenía la condición de discapacitado debido a que en julio de 2015, tuvo un accidente laboral, y que por dicho motivo, la empresa no podía finalizar su contrato, sin previa autorización del Ministerio del Trabajo, por lo que el mismo era ineficaz.

Consecuencialmente, que se ordenara a la demandada a reintegrarlo y a cancelarle los valores correspondientes a los salarios dejados de percibir, junto con todas aquellas sumas que se consideraran factor salarial, desde el momento de la desvinculación, hasta el momento en que se materializara el reintegro; al pago de la indemnización contemplada en la Ley 361 de 1997, y al pago de las costas y agencias el derecho (f.º 46 - 59)

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que suscribió un contrato laboral a término indefinido con la demandada desde el 19 de enero de 2015; que el cargo que desempeñaba era el de vicepresidente de seguros; que para el desarrollo de sus funciones debía viajar de forma permanente y continua tanto nacional como internacionalmente; que el 25 de julio de 2015, mientras realizaba una actividad catalogada como laboral, sufrió un accidente en un evento deportivo en el que participó en representación de la empresa, que la situación fue reportada en debida forma y conocida por la A.R.L. Equidad; que el 24 de septiembre de 2015, por recomendación de su médico tratante, le fue realizada una cirugía artroscópica de rodilla derecha; que el 1.º de diciembre de 2017, se le practicó otra

cirugía debido a la evolución de la lesión; que el 11 de enero de 2018, la demandada, aún teniendo conocimiento de su estado de discapacidad, decidió despedirlo, y que le reconoció la indemnización contemplada en el artículo 60 de la Ley 50 de 1990. (f.º 48 - 59)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió mediante auto de 26 de octubre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 63).

LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C., se opuso a las pretensiones del actor. Alegó en su favor, que el actor jamás ha estado amprado por el fuero de estabilidad laboral reforzada, e indicó que la prohibición prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se refiere a la terminación de los contratos de trabajo por motivo de una situación de discapacidad o limitación del trabajador, circunstancia que no se cumple en el presente caso, debido a que la finalización del contrato obedeció a los reiterados incumplimientos del trabajador en sus funciones, pero que pesé a lo anterior tomó la decisión de forma legítima, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, pago, enriquecimiento sin justa causa, compensación, buena fe, alcance de la Ley 361 de 1997, improcedencia e imposibilidad del reintegro, no perjuicio alguno al actor, y prescripción (f.º 72 - 105).

III. DECISIONES DE PRIMERA INSTANCIA

A. AUTO APELADO

En audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juzgado Quinto Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., profirió auto que rechazó las pruebas denominadas por la parte actora, en el escrito de demanda, como “*documentos en poder de terceros*”, correspondientes a su historia clínica y el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que determine la pérdida de capacidad laboral del demandante.

Para fundamentar su decisión, indicó que el demandante como titular de su historia clínica, debió haberla aportado, teniendo en cuenta que la misma goza el carácter de reservado, y no solicitarle al despacho que oficiara a la Equidad A.R.L., para que dicha entidad la remitiera.

Sobre la solicitud del actor, de que se expidiera oficio dirigido a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para que dicha entidad determinara la pérdida de capacidad laboral del demandante, derivada del accidente laboral que sucedió en julio de 2015, esgrimió que el testigo Gustavo Adolfo Castro Vargas por ser el médico tratante del actor, podía establecer perfectamente el estado de salud del demandante, al momento de la terminación del vínculo laboral, por lo que no accedió a la petición del actor.

B. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 10 de marzo de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación; absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, y no condenó en costas.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en establecer si para el 11 de enero de 2018, el actor se encontraba cobijado bajo la garantía de la estabilidad laboral reforzada por su estado de salud, bajo el entendido de que se le dificultaba

sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, para luego determinar si le asistía el derecho al reintegro, pago de salarios, aportes a seguridad social, y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para fundamentar su decisión, se refirió a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017, en donde se indicó, que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada ha sido amparado para aquellos trabajadores que han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presentaran situación de pérdida de capacidad laboral moderada severa o profunda, siempre que se evidenciara que su situación de salud, les dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Esgrimió, que hizo falta mayor diligencia probatoria por parte del demandante para demostrar que el 11 de enero de 2018, esto es, la fecha de su despido, tenía estabilidad laboral reforzada, y que fue objeto de discriminación por parte de la demandada debido a su estado de salud. Lo anterior, por cuanto si bien en su historia clínica se reportaron dos intervenciones quirúrgicas practicadas en el 2015, y el 1º de diciembre de 2017, la primera de estas, como lo afirmó su médico tratante fue mucho más compleja que la segunda, y pese a ello, el actor permaneció vinculado durante el 2016 y el 2017 al servicio de la empresa, sin que se probara que durante dicho periodo fue discriminado.

Señaló también, que debía considerarse el hecho de que en los dictámenes de pérdida de capacidad laboral del actor, se estableció como fecha de estructuración de la misma, el 16 de mayo de 2018, es decir una fecha posterior a la de su despido.

Y agregó, que las funciones desempeñadas por el demandante en el cargo de vicepresidente de seguros eran de carácter netamente intelectual, por lo que las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido, si bien tuvieron repercusión en el desarrollo de sus actividades deportivas, no afectaban en absoluto el desarrollo de sus funciones laborales.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

a. CONTRA EL AUTO INTERLOCUTORIO.

El apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, contra el auto que rechazó las pruebas "*documentos en poder de terceros*".

Indicó, que contrario a lo manifestado por el despacho, si es pertinente oficiar a las entidades indicadas en la demanda para que expidan los documentos en su poder, como quiera que el objeto del litigio se centró en determinar, si a la finalización del contrato de trabajo del demandante, estaba cobijado bajo el amparo de la Ley 361 de 1997, cuyo objeto es reintegrar al trabajador disminuido en su capacidad a la vida laboral, y que dichas pruebas sirven para determinar la situación.

b. CONTRA LA SENTENCIA

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Arguyó, que en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se le estableció al actor una pérdida de

capacidad laboral de 18.70%, con fecha de estructuración de 16 de mayo de 2018, el cual fue apelado por estar en desacuerdo con esa fecha, y que como no estaba en firme no se podía emitir un fallo al respecto.

Esgrimió, que contrario a lo dicho por el *a quo*, el despido del actor si estaba programado, teniendo en cuenta que su médico tratante lo operó el 10 de diciembre de 2017, le otorgó 10 días de incapacidad, y le indicó que su recuperación se daría de 4 a 6 semanas, es decir, el 10 de enero de 2018.

Agregó, que después de la incapacidad otorgada al actor, la empresa lo mandó de vacaciones, y al momento de su regreso le pasaron la cara de renuncia, la cual fue autorizada por la presidencia.

Expresó, que si bien es cierto que el actor pese a la pérdida de capacidad laboral, podía ejercer las funciones de vicepresidente de seguros, no se tuvo en cuenta que este representaba a la demandada en justas deportivas, y que como ya no lo podía hacer, se imaginaba que la empresa había considerado este motivo como una justa causa, para dar por terminado su contrato de trabajo.

Finalmente indicó, que en sentencia de 30 de abril de 2013, de radicado n.º 41867, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se refirió a los grados de incapacidad grave, moderada o alta, e incorporó la posibilidad al juzgador para interpretar las modificaciones del artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001, y del artículo 5.º de la Ley 361 del año 1997, donde se fijan efectivamente los grados de incapacidad, así como la interpretación que se le puede dar a dicha norma.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra el auto que rechazó las pruebas denominadas “*documentos en poder de terceros*”, y de la sentencia dictada, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual la sentencia de segunda instancia, y la decisión sobre el auto apelado, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación. Así, por cuestiones de método, se resolverá en primera medida, la apelación interpuesta contra el auto.

Posteriormente, se resolverá la apelación contra la sentencia, en donde se tendrá como problema jurídico, determinar si el demandante tenía una condición de salud que le generara una estabilidad ocupacional reforzada para el momento de la terminación de su contrato de trabajo, es decir, a 11 de enero de 2018, que de paso a la declaratoria de la ineficacia del despido y su consecuencial reintegro, o en su defecto al reconocimiento de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

V.1. APELACIÓN DEL AUTO QUE RECHAZÓ LAS PRUEBAS DENOMINADAS “DOCUMENTOS EN PODER DE TERCEROS”

Teniendo en cuenta que, en el presente proceso, lo que se pretende es que se establezca si al momento de la terminación del contrato el actor se encontraba bajo el fuero de estabilidad laboral reforzada, debe decirse que, con el material probatorio efectivamente aportado al proceso, es dable acreditar dicha condición, como quiera que basta con que se establezca que el actor para la fecha de su despido, presentaba una merma en su estado de salud. Así las cosas, no es necesario entonces, que la Junta Nacional de Calificación de

invalidez emita un dictamen que determine la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral.

Igualmente, debe considerarse que la demandada terminó unilateralmente el contrato de trabajo del demandante, el 11 de enero de 2018, esto es hace más de 2 años, y que durante este tiempo la parte demandante, no hizo diligencia alguna para evacuar la prueba que solicitó que se oficiara, por lo que no puede pretender que ahora el juzgado, sea quien subsane su omisión con la expedición del oficio, máxime cuando el numeral 10 del artículo 78 del Código General del Proceso, dispone como uno de los deberes de las partes y sus apoderados, abstenerse de solicitarle al juez, la consecución de documentos que directamente o por medio de derecho de petición hubiese podido conseguir.

Aunado a ello, el artículo 227 *ídem*, dispone que la parte que pretenda valerse de un dictamen deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas, y en caso de que dicho término sea insuficiente, deberá enunciarlo en el escrito respectivo y aportarlo dentro del término que el juez conceda.

En este orden, le correspondía a la parte demandante aportar el dictamen, y no solicitarle al juez que oficiara a la entidad para la emisión del mismo. Por tanto, se **confirmará** el auto apelado.

Aclarado lo anterior, se procederá a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia absolutoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** entre el actor y la empresa se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido el día 19 de enero de 2015 (f.º 3-9, 106-112); **ii)** que el demandante

desempeñaba el cargo de vicepresidente de seguros, y su último salario fue de \$25.188.000, como da cuenta la certificación laboral obrante a f.º 10 y a f.º 221; **iv)** que el día 25 de julio de 2015, el actor sufrió un accidente de trabajo durante un torneo deportivo organizado por la empresa (f.º 126 - 128), **v)** y que el 11 de enero de 2018, la demandada terminó unilateralmente el contrato de trabajo (f.º 16 - 129).

La Ley 361 de 1997, en su artículo 26, previó que ninguna persona en situación de discapacidad podría ser despedida o su contrato terminado *por razón* de su discapacidad, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo; y que en caso de que ello llegase a ocurrir sin el cumplimiento previo de dicho requisito, el trabajador tendría derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-531-2000, bajo el entendido de que, en concordancia con los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (artículos 2.º y 13 de la Constitución Política), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (artículos 47 y 54 *idem*), también «*carecerá de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación*», entendiéndose por tal, su estado o situación de discapacidad.

Tal protección se dirige a salvaguardar la estabilidad del trabajador frente a comportamientos discriminatorios que lo excluyan del empleo por razón de su deficiencia física, sensorial o mental; no obstante, las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas para dar por terminada la relación de trabajo.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1360-2018, concluyó que:

«(a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

(b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.

(c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.»

En el presente asunto, se tiene que el contrato de trabajo suscrito ente las partes terminó por decisión unilateral de la empresa demandada el día 11 de enero de 2018, como da cuenta la misiva obrante a f.º 16 y f.º 129, inclusive, con el pago de una indemnización liquidada con base en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como da cuenta la liquidación final de prestaciones sociales aportada (f.º 130).

Empero, no se acreditó de manera idónea que para dicha época, el ex trabajador se encontrara gozando de una incapacidad, ni se probó que por sus condiciones de salud fuera titular del fuero de estabilidad invocado.

Lo anterior, por cuanto en el escrito de demanda el actor manifestó que su condición de discapacitado, surgió como consecuencia del accidente laboral que sufrió el 25 de julio de 2015. Así, al revisarse la historia clínica aportada por él, se evidencia que el día 24 de septiembre de 2015, le fue practicada una cirugía de reconstrucción de ligamento cruzado anterior con injerto de carácter principal, y que por la misma, se le otorgó una incapacidad que inició en la fecha indicada, y finalizó el 13 de octubre de 2015; así como que el 1.º de diciembre de 2017, se le practicó otra intervención quirúrgica, en donde le fue expedida otra incapacidad por 10 días, es decir hasta el 10 de diciembre de 2017 (f.º 24 - 32).

De manera que, es claro que para el 11 de enero de 2018, no se encontraba incapacitado, ni en un tratamiento, o bajo alguna recomendación médica o laboral por parte del médico tratante de la E.P.S. o en estado de incapacidad sucesiva, o sometido a un proceso de rehabilitación integral como para encasillarlo dentro del estatus de debilidad manifiesta, pues no se acreditó prueba alguna que diera cuenta de la materialización de alguna de las situaciones descritas con antelación.

Sobre los dictámenes de pérdida de capacidad laboral practicados al demandante, proferidos el 23 de noviembre de 2018, por A.R.L. Equidad Riesgos Laborales (f.º 312-315), y el 6 de diciembre de 2019, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez (f.º 320 - 321), debe decirse que además de haber sido emitidos con posterioridad al despido del demandante, en el primer dictamen se estableció como porcentaje de pérdida de capacidad laboral un 3.90%, con fecha de estructuración de 16 de mayo de 2018, mientras que en el segundo, se estableció dicho porcentaje en un 18.70%, y se ratificó la fecha de estructuración indicada, por lo que es claro que para el 11 de enero de 2018, día en el que actor fue despedido, no se

había estructurado aún una pérdida de capacidad laboral, como para afirmar que la misma afectara, para esa época, de manera sustancial y ostensible el desempeño de sus funciones, o las hubiera impedido o dificultado en vigencia de la relación laboral.

Aunado a ello, comparte esta sala la apreciación hecha por el juez de instancia de que el accidente que sufrió el actor en nada afectaba el desempeño de las labores asignadas a él, esto es la planeación, organización, dirección y control de las labores técnicas de seguros y reaseguros, entre otras (f.º 113 - 117), por cuanto las mismas son de carácter netamente intelectual, y no físicas, lo que incluso fue reconocido por el apelante, quien en su recurso de apelación, admitió que el actor podía desempeñar las actividades a su cargo, más no actividades deportivas, y que imaginaba que el hecho de que el actor no pudiera representar a la empresa en justas deportivas, había sido una causa para dar por terminado su contrato de trabajo. No obstante dicha afirmación, carece a todas luces de sustento probatorio.

Así que en estos términos se **confirmara** en su totalidad la sentencia apelada. Sin costas en esta instancia.

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 y el auto apelado, proferidos el 10 de marzo de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large initial 'A' and a long horizontal stroke.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a large initial 'M' and a long horizontal stroke.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **AURORA AGUDELO ASCENCIO** en contra de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS**

EXP. 11001 31 05 011 2018 00322 01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril 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 STL2862-2021 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, principalmente que se declare la nulidad de la afiliación al R.A.I.S. efectuada el 24 de enero de 1996, en la A.F.P. Colfondos S.A.; en consecuencia, condene a la A.F.P. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, con todos los rendimientos que se hubieran causado; y a Colpensiones que la reciba como su afiliada, junto con los valores obtenidos mientras estuvo en el R.A.I.S. De manera subsidiaria, solicitó que se declarara la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al R.A.I.S. al no poderse predicar la existencia de consentimiento informado, y que se declare la ilegalidad del traslado por el incumplimiento de los presupuestos de permanencia mínima en un régimen.

Para el efecto, manifestó que cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de septiembre de 1991; el 24 de enero de 1996, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con la A.F.P. Colfondos S.A.; no le fueron informadas las implicaciones de su decisión; no le informaron sobre sus derechos pensionales, ni le pusieron de presente las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas para el caso particular teniendo en cuenta su edad, semanas cotizadas y realidad económica; tampoco le realizaron proyecciones futuras de pensión, y solicitó a Colpensiones tener como ilegal, nulo e ineficaz el traslado, solicitud que le fue negada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de septiembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y para tal efecto, propuso como excepciones la de

inexistencia del derecho para ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, y no procedencia de costas en instituciones de seguridad social.

Colfondos S.A., también se opuso a las pretensiones. En su defensa, invocó las excepciones de validez de la afiliación al R.A.I.S. con Colfondos, validez de la afiliación por haberse solucionado el conflicto de múltiple vinculación, la de buena fe, prescripción, e inexistencia de vicio del consentimiento o error de derecho.

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 17 de octubre 2019, declaró probados los hechos sustentados de las excepciones de validez de la afiliación al R.A.I.S. con Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio de consentimiento por error de derecho, inexistencia del derecho para regresar al R.P.M. e inexistencia de causal de nulidad; en consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la parte actora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, esgrimió que no se consideró el hecho de que la demandada no demostró haber brindado la información conforme a lo dispuesto en el Decreto 720 de 2004, esto es de forma amplia y

suficiente; no se tuvo en cuenta lo consagrado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero respecto a la obligación de informar de manera clara y transparente sobre las diferentes alternativas del mercado, ni tampoco lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, según la cual el traslado debe ser libre.

Adujo, que no existía prueba alguna que demostrara que se le brindó información sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional, y expresó que fue engañada al habersele omitido información determinante para su futuro pensional, hecho que puede considerarse como una conducta dolosa.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; en los términos establecidos en la sentencia STL2862-2021 de la Sala de Casación Laboral, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 28 de enero de 2021, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

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

« (...) [L]a suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de

información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado (...).

(...) [E]l deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado de la actora -24 de enero de 1996-, no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» (numeral 1.º, artículo 97 Decreto 663 de 1993) –vigente para la citada fecha-, premisa que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible (...).

(...) [L]a 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 (...)

(...) [L]a Corte no ha condicionado su jurisprudencia a que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición, ni tampoco tendría justificación constitucional otorgar tal derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros.

(...) [L]as administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. En ninguna de ellas se afirma o se insinúa que solo se aplique a los beneficiarios del régimen de transición (...).

(...) [E]l deber de información recae de manera estricta en las AFP (...).»

Además, la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación, hicieron referencia a las sentencias CSJ SL, 19 may. 2005 rad. 23120; SL, 5 dic. 2006 rad. 28552, SL, 09 sep. 2008 rad. 31989, SL, 9 sep. 2008 rad. 31314, SL, 22 nov. 2011 rad. 33083, SL 8. mar. 2013 rad. 49741, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964, AL1663,

AL3807 de 2018, la SL1421, SL4559, SL1688, SL1689, SL4426, SL1452 de 2019 y SL2877-2020.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 19 de julio de 1962 (f.º 40); **ii)** que a 1.º de abril de 1994, tenía un total de 46.57 semanas cotizadas, como quiera que no registra cotizaciones entre el 1.º de enero de 1994 y el 1.º de mayo de 1995, y contaba 32 años de edad (f.º 46); **iii)** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 10 de febrero de 1993, y el 30 de noviembre de 2000 50.86 semanas (f.º 46); **iv)** que el 24 de enero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º de febrero del mismo año (f.º 121), **v)** que actualmente se encuentra vinculada a Colfondos S.A. con un total de 1223.43 semanas cotizadas en esa A.F.P, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 50 a 55; y **vi)** 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 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 ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por Aurora Agudelo Ascencio, al régimen de ahorro individual administrado inicialmente por Colfondos S.A., y como consecuencia de ello, dicha AFP 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 ineficacia del traslado de pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ SL1421-2019 y SL638-2020, criterio jurisprudencial que ha acogido recientemente 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 ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por Aurora Agudelo Ascencio, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 24 de enero de 1999, a través de Colfondos SA, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva de la decisión, y en los términos establecidos en la sentencia STL2862-2021, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

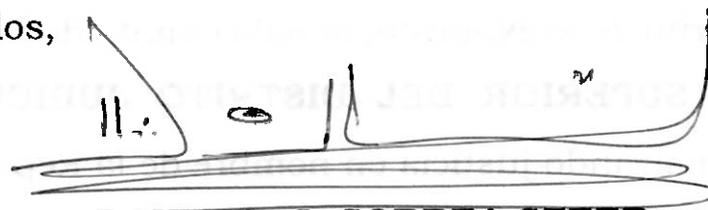
SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos 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 Colfondos S.A., y admita el traslado de régimen pensional de la demandante, en virtud de la ineficacia 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

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqviibLd3xtLq-QPiuqYLVoBTShY5ArzjfEa41-POLOrkQ?e=meNzdF



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ANACELIO BUITRAGO FRANCO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 011 2018 00574 01.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril 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 ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 14 de julio de 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condenara a COLPENSIONES a pagarle el incremento pensional del 14%, por persona a cargo, la señora María Lilia Martínez de Buitrago; al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a la indexación de las condenas que se llegaran a proferir, a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que mediante Resolución n.º 107636 del 13 de mayo de 2010, el extinto I.S.S. le reconoció una pensión de vejez, a partir del 1.º de mayo de 2010; que la prestación fue reconocida con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad; que el día 16 de julio de 1978, contrajo matrimonio con la señora María Lilia Martínez de Buitrago, quien depende económicamente de él; que pese a ello, Colpensiones no le reconoció el incremento pensional por persona a cargo previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990; que sobre dicha norma no se ha proferido ningún tipo de derogatoria; que solicitó a la entidad el reconocimiento del mencionado incremento, y que el 4 de julio de 2017, Colpensiones se lo negó.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 26).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante. Manifestó, que el actor no

logró acreditar los requisitos previstos en la ley para ser beneficiario del incremento del 14% por persona a cargo; que operó el fenómeno prescriptivo respecto del mismo, por cuanto la pensión le fue reconocida el 1.º de mayo de 2010, y que si en gracia de discusión no se tuviera en cuenta el término prescriptivo debía considerarse que, los incrementos pensionales fueron objeto de derogatoria orgánica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal y como lo dispuso la sentencia SU-140 de 2019.

Propuso como excepciones, carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 30 - 46).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 33).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de julio de 2020, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por parte del demandante; declaró probados los hechos del medio exceptivo de prescripción, y condenó en costas a la parte demandante.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar, si el demandante tenía derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, establecido en el Acuerdo n.º 049 de 1990.

Señaló, que se acreditaron los requisitos dispuestos en el

artículo 21 del referido Acuerdo para el reconocimiento del incremento pensional, como quiera que el demandante se pensionó en virtud del régimen de transición, y se acreditó la calidad de cónyuge del demandante de la señora María Lilia Martínez de Buitrago, así como su dependencia económica respecto del actor, con las pruebas arrimadas al proceso.

Para fundamentar su decisión, aclaró que acogería el criterio de la Corte Suprema de Justicia, establecido en la sentencia SL - 29751 de 2007, y reiterado en sentencias posteriores, según el cual los incrementos pensionales están sometidos al fenómeno prescriptivo, para indicar, que el mismo aconteció en el presente caso como quiera que transcurrieron más de 3 años desde la exigibilidad al derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la Resolución n.º 107636 del 13 de mayo de 2010, y que dicho término no se interrumpió, pues el demandante efectuó el reclamo del incremento pensional el 4 de julio de 2017.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, acogía el criterio mayoritario de la H. Corte Suprema de Justicia, adoptado en sentencia SL-29751 de 2005, según el cual los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo que debían entenderse como parte del régimen de prima media con prestación definida, en virtud del artículo 31 *ibídem*. No obstante, al reexaminarse el tema por los integrantes de la sala, se hace necesario replantear dicha postura, y acoger en su lugar, la establecida por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, por encontrarse ajustada a los principios de sostenibilidad

financiera, solidaridad, y universalidad, que rigen el sistema general de pensiones.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo n.º 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional.

En sentencia SU-140 de 2019, la Corte Constitucional concluyó que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron derogados orgánicamente a partir de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que es claro que, el referido artículo no produce efecto alguno respecto de aquellos que hayan adquirido su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema pensional.

Igualmente, se aclaró que, la transformación sustancial que sufrió el sistema de pensiones hizo necesario el establecimiento de un régimen de transición, cuyo fin consistiera en la salvaguarda de la legítima expectativa de las personas que estaban cerca de adquirir el derecho principal de pensión, bajo las previsiones del sistema pensional anterior, pero que la misma no se hizo extensiva a derechos accesorios de dicha pensión, como es el caso de los incrementos pensionales, máxime si se tiene en cuenta que éstos no fueron dotados de naturaleza pensional, por expresa disposición del artículo 22 del Decreto 758 de 1990, el cual dispuso que éstos subsistían mientras perduraran las causas que les dieron origen; así como el hecho de que no tienen efecto ultractivo alguno.

De otra parte, la Corte Constitucional, señaló que el reconocimiento de los beneficios extrapensionales causados con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, resulta incompatible con el inciso constitucional establecido en el artículo 1.º, del Acto Legislativo n.º 01 de 2005, de que *“Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, (...) serán los establecido por las leyes del sistema general de pensiones”*.

En este orden, como tales incrementos están incorporados en una norma anterior a la Ley 100 de 1993, y son distintos a los previstos en el nuevo sistema pensional, perdieron toda eficacia de acuerdo con la norma constitucional citada con antelación.

Igualmente, dijo la Corte que los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, resultan incompatibles con el principio de sostenibilidad financiera, cuyo fin es que las medidas futuras que se adopten preserven el equilibrio financiero del sistema general de pensiones, así como con el principio de solidaridad, según el cual, los recursos del erario público en el Sistema de Seguridad Social se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerable, y el de universalidad, esto es, la garantía de protección para todas las personas.

De todo lo anterior, se colige que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, sola podrán reconocérseles a quienes hayan adquirido este derecho antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, por cuanto con la expedición de dicha norma, éstos desaparecieron del ordenamiento jurídico en virtud de su derogatoria orgánica, así como que éstos no fueron protegidos por el régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibídem*, como quiera que éste se limitó a proteger las expectativas legítimas de quienes estaban cerca de adquirir su derecho

pensional, conforme a los requisitos pensionales consagradas en el sistema pensional anterior.

Ahora bien, en el presente caso no fue objeto de discusión que mediante Resolución n.º 107636 del 13 de mayo de 2010, el extinto I.S.S., le reconoció al demandante la pensión de vejez, a partir del 1.º de mayo de 2010, de acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo n.º 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (f.º 18 - 19).

Es decir, que el actor venía cotizando bajo el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero no llegó a cumplir con los requisitos necesarios para pensionarse en vigencia de ese régimen, por cuanto la pensión le fue reconocida en el año 2010; por lo que, conforme con los lineamientos establecidos en la Sentencia SU-140 de 2019, de la Corte Constitucional, no tiene derecho al incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, establecido en el Decreto 758 de 1990.

En este orden, habrá de **confirmarse** la sentencia consultada, pero por los motivos aquí expuestos dado que el *a quo*, para fundamentar su decisión acogió el criterio de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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:

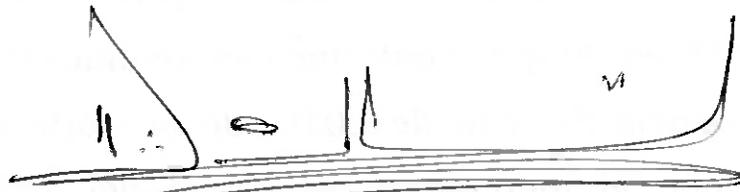
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de julio de 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



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 **ISABEL DÍAZ RINCÓN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 011 2018 00675 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril 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 ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la partes demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 5 de octubre de 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante que se declarara la nulidad del traslado al R.A.I.S, administrado por la A.F.P. Colpatria S.A, y después por Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., a partir del 14 de mayo de 1999, y de la afiliación teniendo en cuenta que esta se realizó antes de la expedición de la Ley 797 de 2003, con la prevalencia del principio de favorabilidad y que Colpensiones, le reconociera la pensión de vejez, una vez acreditara los requisitos de edad y semanas cotizadas.

Consecuencialmente, que se condenara a Porvenir S.A., a tramitar de manera inmediata el traslado a Colpensiones del capital y los rendimientos financieros acumulados desde el 14 de mayo de 1999, hasta que finalice el proceso; a ordenar, a esta última que recibiera este capital, que actualizara su historia laboral, como si nunca se hubiese trasladado de régimen, teniendo en cuenta como ingreso base de cotización el I.B.L. para cada periodo; a Colpensiones, para que luego de su retorno al R.A.I.S, le reconociera y pagara una pensión de vejez en los términos del los artículos 9.º y 10.º de la Ley 797 de 2003, una vez acreditado los requisitos; a las demandadas a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las cosas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 10 de junio de 1961; que se afilió al extinto I.S.S., hoy Colpensiones, desde el 10 de febrero de 1992 hasta el 31 de mayo de 1999, periodo en cual cotizó 289.14 semanas; que en ese mismo año estando al servicio de la Universidad Santo Tomas, se afilió a la A.F.P. Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A.; pero que no fue asesorada, ni informada por dicha administradora respecto de las diferencias

entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este, y en general, las implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional.

Agregó, que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la nulidad del traslado, pero que ésta le negó su petición, y que para la fecha de presentación de la demanda tenía 57 años, y 1233 semanas cotizadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 73).

PORVENIR S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Manifestó, que no existió vicio de consentimiento expresado por la demandante al momento de celebrar el acto jurídico de la vinculación al R.A.I.S., y que ésta diligenció la solicitud de traslado de forma libre, voluntaria, espontánea y sin presiones.

Alegó en su favor, las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, y enriquecimiento sin justa causa (f.º 83 - 94).

COLPENSIONES, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indicó que en el expediente no obraba prueba alguna, de que efectivamente a la demandante se le haya hecho incurrir en

error, o de la presencia de un vicio de consentimiento, por cuanto con las documentales allegadas al proceso se evidenció que la afiliación de la actora fue efectuada de forma libre, voluntaria y sin presiones indebidas.

Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al R.P.M.P.D., prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 131 - 148).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 181)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia del 5 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora el día 14 de mayo de 1999, y que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al R.A.I.S., y por lo tanto, siempre permaneció en el R.P.M.P.D.; condenó a PORVENIR S.A., a trasladar todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aportes tales como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración; sumas adicionales con intereses o rendimientos que se le hubieran causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil; ordenó a Colpensiones a admitir el traslado de la demandante con sus aportes al R.P.M.P.D.; condenó a Colpensiones a reconocerle y pagarle una prestación económica por el riesgo de vejez, presión de vejez, que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, a favor de la

demandante; autorizó a COLPENSIONES a descontar el retroactivo pensional a que haya lugar en favor de Isabel Rincón Díaz, con los correspondientes aportes al sistema general de salud; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a Porvenir S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida en su totalidad, por cuanto la afiliación se hizo de forma libre y voluntaria por parte de la demandante y además consiente tal y como se expresó en el formulario de afiliación cuya pre-imprenta se encontraba autorizada por la ley, que para la fecha de afiliación se cumplieron todos los presupuestos del deber de información en concordancia con las normas vigentes.

Solicitó que si se confirmaba la sentencia, se revocaran los gastos de administración y descuentos por pagos de invalidez vejez y pensión de sobreviviente; lo anterior, por cuanto estas sumas tenían una destinación legal, y que los conceptos por prima de seguros previsionales ya fueron entregados a la aseguradora, y por tal razón es imposible su devolución.

COLPENSIONES, solicitó que fuera revocada la decisión proferida por el *a quo*. Indicó, que debía ser absuelta de recibir a la demandante en el R.P.M., y del respectivo reconocimiento de pensión ordenado por el juez.

Señaló, que en el traslado efectuado por la demandante, no se incurrió en ninguna prohibición legal, como quiera que el mismo se hizo conforme a lo estipulado en los artículos 13 de la Ley 100 de

1993, en el Decreto 692 de 1994, y el Decreto 663 de 1993, e indicó que el criterio actual de la H. Corte Suprema de Justicia, rompe el principio de confianza legítima, así como que la inconformidad de la demandante realmente versaba sobre su mesada pensional.

Solicitó que se sopesara el derecho fundamental de la seguridad social con el principio de sostenibilidad financiera, como quiera que la demandante aportó una liquidación que arroja el valor de la mesada pensional en el R.P.M. en \$5.069.969, que multiplicada por 13 mesadas al año, y multiplicada por los 22 años de expectativa de vida conforme al DANE, tendría que asumir un pago total de \$1.515.920.931, y que el dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los gastos de administración, y todos los conceptos no alcanzaría para cubrir dicho valor.

Sobre el reconocimiento de la pensión de vejez, esgrimió que debía declararse la excepción de oficio denominada petición anticipada, por cuanto el trámite a seguir es que una vez se realice la respectiva afiliación de la demandante en el R.P.M., y se hayan efectuado los traslados de los aportes, la actora presente la reclamación administrativa correspondiente para solicitar su pensión.

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 problemas jurídicos: **i)** verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad por no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado, por parte de las entidades aquí demandadas; **ii)** si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, **iii)** y si Colpensiones debe proceder a reconocer de manera inmediata, la pensión de vejez a la actora.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 10 de junio de 1961 (f.º 26); **ii)** que se afilió al extinto I.S.S. hoy Colpensiones, el 10 de febrero de 1992, en donde cotizó un total de 289.14 semanas cotizadas (f.º 27); **iii)** que el 14 de mayo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con

solidaridad a la A.F.P. Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A. (f.º 96); **iv)** y que actualmente se encuentra afiliada PORVENIR S.A, con un total de 1233, semanas cotizadas para el 16 de abril de 2008 (f.º 33 - 37).

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, se tiene que la actora, el 14 de mayo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Santander S.A. hoy Porvenir S.A. (f.º 96); donde actualmente continúa afiliada, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 96), 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 consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

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

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver todos los saldos existentes en la cuenta

individual de la actora, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante, el 14 de mayo de 1999, cuando se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad administrado por A.F.P. Santander S.A., hoy PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliada, por lo que está última deberá trasladar a Colpensiones, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y devolución de saldos que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, la Sala pasará a estudiar si es procedente o no, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con el reporte de semanas cotizadas en pensiones del demandante, expedida por PORVENIR S.A., se tiene que la actora efectivamente acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez (f.º 33-37).

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

Empero, vale precisar que si bien Isabel Rincón Díaz, se encontraba afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., y como consecuencia del presente proceso, se ordenó el traslado del R.A.I.S. al R.P.M.P.D., y que se declarara que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES, entidad que como consecuencia de lo anterior, deberá asumir el pago de la pensión que eventualmente le corresponda, lo correcto es que una vez COLPENSIONES reciba la totalidad del capital y/o dinero proveniente del régimen de ahorro individual, y se vean reflejados los valores en la historia laboral, podrá la actora solicitar ante dicha entidad, el eventual reconocimiento y pago de la pensión de vejez que aquí pretende, potísima razón por la que se revocará el numeral quinto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar absolver a COLPENSIONES del reconocimiento pensional.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

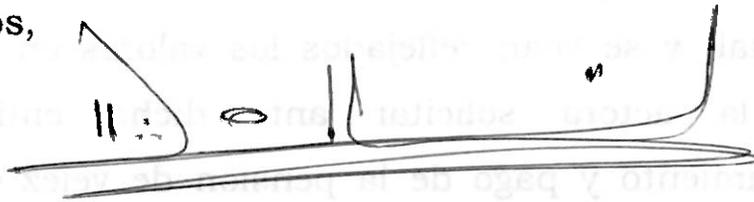
PRIMERO: REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida el 5 de octubre de 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** del reconocimiento de la pensión de vejez pretendida por **ISABEL DÍAZ RINCÓN**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



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 **MARTHA SÁNCHEZ MARTÍNEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 011 2019 119 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril 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 ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la partes demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 2 de octubre de 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante que se declarara la nulidad del traslado que efectuó, del R.P.M.P.D. al R.A.I.S. administrado por Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.; que se dejara sin efecto el mismo, y que se encuentra válidamente afiliada al R.A.I.S.

Consecuencialmente, que se condenara a Porvenir S.A. a que efectuara el traslado a Colpensiones de los aportes que se encontraran en su cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos financieros y su cuota de administración; que se ordenara a Colpensiones a que activara la afiliación de la actora en el R.P.M.P.D., sin solución de continuidad desde su primera afiliación al I.S.S. hoy Colpensiones; a las demandadas, a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 29 de diciembre de 1960; que se afilió al extinto I.S.S., hoy Colpensiones, en mayo de 1983; que fue incluida de manera automática en el R.P.M.P.D., en los términos del art. 11 del Decreto 692 de mayo de 1994; que se trasladó al R.A.I.S. administrado por Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., el 1.º de abril de 1995.; que no fue asesorada, ni informada por dicha administradora respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este, y en general, las implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional; que el 4 de abril de 2006, se trasladó a Porvenir S.A., y que el traslado se hizo efectivo el 1.º de junio del mismo año, que el 3 de abril de 2018, solicitó a

Colpensiones la nulidad del traslado al R.A.I.S., pero que la entidad no accedió a su solicitud, debido a que se encontraba a menos de 10 para adquirir la pensión de vejez, y que de acuerdo con el cálculo actuarial realizado entre ambos regímenes, resulta más beneficioso estar en el R.P.M.P.D.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 29 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 84).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Manifestó, que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le haya hecho incurrir en error, o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento, por cuanto con las documentales allegadas al proceso se evidenció que la afiliación de la actora fue efectuada de forma libre, voluntaria y sin presiones indebidas.

Alegó en su favor, las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al R.P.M.P.D., inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden (f.º 181 -197).

PORVENIR S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Esgrimió, que la demandante no allegó prueba alguna de las razones que sustentaran la ineficacia o nulidad de la afiliación, por que es claro que se encuentra válidamente afiliada al R.A.I.S. en dicha A.F.P.

Propuso las excepciones 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 120 - 135).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 203).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 2 de octubre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante a PORVENIR S.A.; que para todos los efectos legales nunca se trasladó al R.A.I.S., y por lo tanto siempre permaneció afiliada al R.P.M.; condenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, gastos de administración, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil; ordenó a Colpensiones a admitir el traslado de la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandantes, y condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Esgrimió que, le parecía extraño, el hecho de que la demandante, por sus calidades profesionales y teniendo en cuenta el hecho de que permaneció por más de 25 años en el sector financiero, no hubiese podido conocer las características del R.A.I.S., y que por dicho motivo, la actora no

era una afiliada lego, por lo que el juez debió apartarse del precedente jurisprudencial.

Indicó, que para la fecha del traslado de la demandante no existía una forma específica de suministrar la información, y que la misma fue suministrada de acuerdo con los lineamientos dispuestos en los Decretos 656 y 692 de 1994.

Respecto de la devolución de los gastos de administración y las primas de seguro previsional, expresó que estos gastos se habían debitado por 25 años, y que su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante, que estaría en contra de lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, por cuanto no se estarían regresando las cosas al estado anterior de la celebración del contrato.

COLPENSIONES, adujo que la declaratoria de ineficacia del traslado estaría violando el principio de estabilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo n.º 01 de 2005, pues generaría una situación caótica que quebrantaría la debida planeación en el pago de las pensiones.

Arguyó que, como el demandante efectuó su ahorro de manera individual, éste no ayudaría a financiar las pensiones de los demás afiliados al R.P.M.P.D, y solicitó que en caso de confirmarse la sentencia, se considerara la realización del cálculo actuarial conforme a lo establecido en sentencia SU - 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 de la aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad por no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado, por parte de las entidades aquí demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 29 de diciembre de 1960 (f.º 27); **ii)** que se afilió al extinto I.S.S., el 2 de mayo de 1983, y cotizó un total de 621.71 semanas; **iii)** que el 15 de marzo de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Horizonte S.A. hoy Porevnir S.A, con fecha de efectividad a partir del 1.º de abril de 1995 (f.º 145); **iv)** y que el 4 de abril de 2006, se trasladó a Porvenir S.A. (f.º 139), lo que es claro que hizo varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., encontrándose afiliada actualmente a PORVENIR S.A, con un total de 1741 semanas cotizadas, como se desprende de la historia laboral expedida por dicha A.F.P., de fecha de 11 de abril de 2018, obrante de f.º 37 - 45.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se tiene que la actora, el 15 de marzo de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Horizonte., hoy PORVENIR S.A. (f.º 138), y que el 4 de abril de 2006, se trasladó a PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliada conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 139), 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 consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

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

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de

fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

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

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

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

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

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

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

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

es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los 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 todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante, el 15 de marzo de 1995, cuando se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad administrado por A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., así como la posterior afiliación a PORVENIR S.A., donde actualmente continua afiliada, por lo que está última deberá trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y devolución de saldos que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se tiene que la actora, el 15 de marzo de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Horizonte., hoy PORVENIR S.A. (f.º 138), y que el 4 de abril de 2006, se trasladó a PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliada conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 139), 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.

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 2 de octubre de 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

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

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', written in a cursive style.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marceliano Chávez Ávila', written in a cursive style.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA