

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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUÍS CARLOS DELGADO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 012 2019 00449 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 el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, respecto de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara la nulidad del traslado de régimen al R.A.I.S., que efectuó el 24 de febrero de 1999, y que su afiliación al R.P.M., se encuentra vigente.

Consecuencialmente, que se ordenara a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos e intereses, y bonos pensionales que actualmente tiene a favor del demandante, sin realizar ningún tipo de descuento por concepto de gastos de administración; a COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y a activar su afiliación; a ambas demandadas a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a PORVENIR S.A. a los perjuicios morales que se le causaron conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y a las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 24 de diciembre de 1957; que estuvo afiliado en el extinto I.S.S., hoy Colpensiones, desde el 25 de junio de 1974 hasta febrero de 1999; que cotizó un total de 843 semanas; que en marzo de 1999 se trasladó al R.A.I.S., administrado por Colpatria - Fondo de Pensiones, hoy Porvenir S.A., en donde ha permanecido afiliado y ha cotizado más de 900 semanas; que no fue asesorado, ni informado 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, y que solicitó a las demandadas la nulidad del traslado efectuado, pero que ambas rechazaron su petición.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 16 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 59).

COLPENSIONES, contestó se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Manifestó, que era evidente que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, por cuanto era consciente del formulario de afiliación que suscribió para cambiarse de régimen, aunado a que la escogencia de la administradora fue realizada de manera libre, espontánea, y sin presiones.

Alegó en su favor, las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, y buena fe (f.º 63 - 69).

PORVENIR S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Esgrimió que, la afiliación del demandante al R.A.I.S. se dio de acuerdo con los parámetros legales vigentes para la fecha, razón por la cual la misma es válida, y no hay lugar a realizar el traslado de aporte alguno a favor de Colpensiones.

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 103 - 123).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 4 de febrero de 2021, declaró la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación del demandante, con PORVENIR S.A., ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar el valor de los saldos, aportes, y rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante, y a recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos, sin reconocimiento al régimen de transición, al no tener derecho alguno sobre el particular; absolvió a las demandadas de las demás súplicas de la demanda; declaró no probadas las excepciones formuladas, y no condenó en costas.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida en su totalidad.

Esgrimió, que como el demandante nació el 24 de diciembre de 1957, y para la fecha de solicitud del cambio de régimen pensional le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, se encontraba dentro de la restricción legal establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para efectuar el traslado de régimen.

Igualmente, indicó que el demandante no podía efectuar el traslado de régimen en cualquier tiempo, toda vez que no era

beneficiario del régimen de transición, como quiera que para el 1.º de abril de 1994, no tenía 750 semanas cotizadas o 15 años de servicio.

Solicitó, que se tuviera en cuenta lo dicho por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la reciente sentencia SL - 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, y en otras, teniendo en cuenta que hay lugar a reintegrar la totalidad de los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad por no recibir 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)** el demandante nació el 24 de diciembre de 1957 (f.º 28); **ii)** que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales, el 25 de junio de 1974 (f.º 33); **iii)** que el 24 de febrero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º de abril de la misma anualidad (f.º 50, 126); **iv)** y que actualmente se encuentra afiliado a dicha A.F.P., con un total de 1837 semanas cotizadas, de conformidad con la historia laboral obrante de f.º 42 a f.º 49, expedida el 21 de agosto de 2008.

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 el actor, el 24 de febrero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliado, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 50, 126), 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 del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

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

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

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

Ahora bien, 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:

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

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver 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, el 24 de febrero de 1999, cuando se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliado, por lo que esta 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.

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 4 de febrero de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

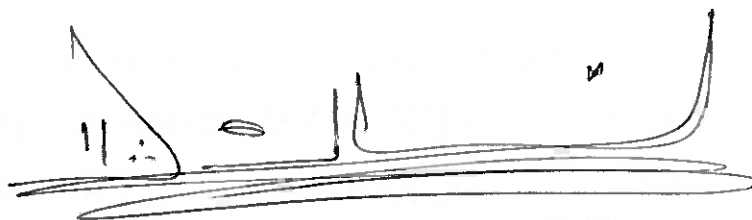
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, 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 CHAVEZ 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 **VICTOR JULIO ORTEGA JUTINICO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 013 2019 00241 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 13 de octubre de 2020, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante que se declarara la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por el, del R.P.M. al R.A.I.S., a través de COLFONDOS S.A., así como de todos los traslados que haya efectuado entre distintos fondos de pensiones, y que siempre estuvo válidamente afiliado al R.P.M.

Consecuencialmente, que se condenara a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, el monto total existente de todo lo ahorrado en su cuenta individual; a las demandadas al pago de lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que estuvo afiliado al extinto I.S.S., desde noviembre de 1986, hasta el 12 de abril de 1999; que durante este periodo cotizó 624 semanas; que el 12 abril de 1999, se afilió al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS S.A., pero que no fue asesorado, ni informado 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 COLFONDOS S.A no realizó una proyección de la mesada pensional en el R.A.I.S; que el 27 de marzo de 2018, radicó ante dicha A.F.P, un derecho de petición en el cual solicitó la documentación relacionada con su traslado, las constancias del cálculo actuarial, las explicaciones brindadas, el documento contentivo del derecho de retracto y la carta donde se acreditara que

se le informó sobre el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 de 2003, para su regreso al R.P.M; que el 19 de abril de 2018, COLFONDOS S.A., le respondió que no existía el soporte documental solicitado; que el 30 de mayo de 2019, solicitó la nulidad del traslado ante COLPENSIONES, y que dicha entidad rechazó su petición, el 5 de junio de la misma anualidad.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de abril de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 52).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones del actor. Manifestó, que carecía de legitimación para pronunciarse sobre la nulidad del traslado, lo anterior por cuanto el demandante efectuó la afiliación con la A.F.P. COLFONDOS S.A., y que en dicho acto no tuvo ninguna injerencia, por lo que sería inapropiado emitir concepto alguno. Igualmente, indicó que no encontró prueba alguna que demostrara que en la afiliación existió algún vicio de consentimiento, motivo por el que no procedía la declaratoria de nulidad.

Alegó en su favor, las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, y buena fe (f.º 58 - 61).

COLFONDOS S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas por el demandante. Esgrimió, que no podía dejarse sin efecto un acto valido que nació a la vida jurídica, y que ratifica los actos propios del demandante, y que no existía razón alguna para declarar nulo o ineficaz el traslado de régimen, cono quiera que en ningún momento se le vulneró su derecho pensional.

Invocó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y que nadie puede ir en contra de sus propios actos (f.º 76 - 95)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 98)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor, el 19 de octubre de 1999, a través de A.F.P. COLFONDOS S.A; declaró como afiliación válida la del R.P.M. administrado por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia al R.P.M.; a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en Costas a COLFONDOS S.A (f.º 100).

Como la decisión no fue apelada por ninguna de las partes, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad por no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado, por parte de las entidades aquí demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 2 de enero de 1957 (f.º 13); **ii)** que se afilió al

extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES, el 5 de noviembre de 1986 (f.º 24); **iii)** y que el 19 de octubre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A. (f.º 14), A.F.P. a la que actualmente se encuentra afiliado.

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 19 de octubre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., donde actualmente continúa afiliado, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 14), 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 el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que “la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, 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 19 de octubre de 1999, cuando se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad administrado por A.F.P. COLFONDOS S.A., donde actualmente continúa afiliado, 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.

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

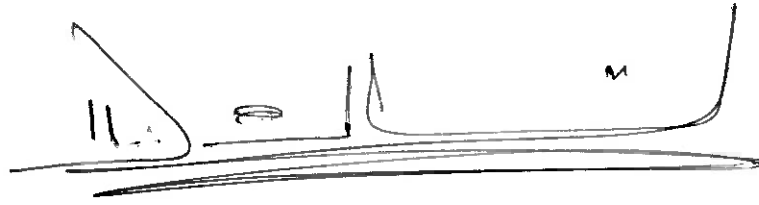
³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

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

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



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 MARINA CORREDOR SÁNCHEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 014 2018 00687 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia de su traslado al R.A.I.S., administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., por cuanto el mismo careció de información veraz sobre los riesgos que debía asumir con el cambio de régimen pensional, y de la manera como estaba diseñado el R.A.I.S., incumpliendo con su deber de consentimiento informado y detallado; por lo que, consecuencialmente, se deben trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con sus rendimientos; que se declare que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y de lo dispuesto en el Parágrafo 4.º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual, se debe condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez, por contar en la actualidad con los requisitos exigidos.

Para el efecto, manifestó que nació el 23 de enero de 1957; que estuvo válidamente afiliada al I.S.S. hoy COLPENSIONES, desde el año 1982, donde acreditó 747 semanas cotizadas; que se trasladó al R.A.I.S., Fondo COLFONDOS S.A. en el año 2001; que en ese momento, le indicaron que con el traslado tendría una cuantía de pensión mucho mejor que la que le reconocerían en el R.P.M., que se podría pensionar a la edad que quisiera, pero que no le explicó cómo; que se le habló de las ventajas del traslado, pero no de las desventajas.; que no le informaron, debiendo hacerlo, que en el R.A.I.S. todo depende del saldo que tenga en su cuenta individual, y que las semanas mínimas de cotización sólo aplican para acceder a la garantía de pensión mínima y para liquidar pensiones de sobrevivientes e invalidez, entre otras características (f.º 21 a 34).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 4 de diciembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 37).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se evidencia que la accionante se encuentra válidamente afiliada a la A.F.P. COLFONDOS S.A., pues el traslado de régimen pensional se realizó con plena voluntad.

Adicionalmente, indicó que el Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, establece la prohibición de trasladarse de régimen pensional cuando faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo en el caso que el afiliado tuviese 15 años de servicios o su equivalente a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, a quien se le reservará la posibilidad de regresar al R.P.M. en cualquier momento, así las cosas, se tiene que en este caso, la accionante comenzó a cotizar al antiguo I.S.S. el 1.º de febrero de 1982, donde, para el 1.º de abril de 1994, había cotizado un total de 405 semanas, por lo que, no se cumplió con la densidad de semanas exigida para acceder a tal beneficio.

Propuso como excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (f.º 66 - 79).

COLFONDOS S.A., se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra, como quiera que el traslado de la demandante a ésta A.F.P. obedeció al ejercicio de la autonomía de la voluntad, decisión que se tomó de manera libre, espontánea, informada y sin presiones. Además, indicó que capacita a sus

asesores de manera profesional, con el fin de que puedan transmitir la información completa y suficiente de manera oportuna, sobre las características y productos que ofrece el Sistema general de pensiones, para que los trabajadores pueden tomar conscientemente decisiones sobre su traslado o permanencia en cada régimen.

Formuló como excepciones de fondo, las de validez de la afiliación al R.A.I.S. con COLFONDOS, buena fe, prescripción e inexistencia de la obligación de COLFONDOS S.A. (f.º 100 - 106).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 49).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 22 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del acto de traslado de la demandante al R.A.I.S., administrado por COLFONDOS S.A., por lo que se encuentra válidamente afiliada al R.P.M. administrado por COLPENSIONES; y como consecuencia, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el total de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Adicionalmente, declaró que la demandante no perdió el régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que la amparaba por edad y que sus efectos continuaron extendiéndose hasta diciembre de 2014, por acreditar, a la fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, más de 750 semanas de cotización al Sistema General de Pensiones, razón por la cual, condenó a COLPENSIONES a reconocer a la demandante la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, a partir de que se acredite su retiro o desafiliación del Sistema General de Pensiones,

en un monto del 90% del IBL, calculado de la forma establecida en el Artículo 21 de la Ley 100 de 1993, mesadas que se deben pagar con reajustes legales y mesada adicional a que haya lugar.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problemas jurídicos, **i)** 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; **ii)** si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones; y **iii)** si efectivamente la demandante tiene o no, la calidad de ser beneficiaria del régimen de transición, y consecuentemente, si es procedente o no, el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 23 de enero de 1957 (f.º 2); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida 1.º de febrero de 1982 (f.º 52); **iii)** que al 1.º de abril de 1994, tenía 405 semanas cotizadas al R.P.M.; **iv)** y que el 17 de enero de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme a la solicitud de vinculación allegado al proceso (f.º 14 y 93), donde actualmente se encuentra vinculada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si 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 14 y 93, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 17 de enero de 2001, con la A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

demás sumas que reposen en la cuenta de ahorro individual, 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. COLFONDOS S.A. el 17 de enero de 2001, 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 en torno a este punto.

Ahora bien, la Sala pasará a estudiar, si efectivamente la demandante tiene o no, la calidad de ser beneficiaria del régimen de transición, y consecuentemente, si es procedente o no, el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

Así las cosas, de acuerdo con la documental que reposa a folio 2 del expediente, se tiene que la demandante, para el 1.º de abril de 1994, tenía la edad de 37 años, razón por la cual, en principio, es beneficiaria del régimen de transición por edad; ahora, de conformidad con el reporte de semanas cotizadas en COLFONDOS

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

S.A., expedido el 10 de julio de 2018, visible de folios 15 a 18 del plenario, se tiene que para el mes de julio de 2006, completó más de 1000 semanas cotizadas, razón por la cual, se podría concluir que la demandante era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que conservó dicha prerrogativa dado que superó con creces las 750 semanas exigidas por el parágrafo 4.º transitorio del Acto Legislativo 1.º de 2005, y según la documental aportada por la demandante a folio 2, cumplió 55 años de edad el 23 de enero de 2012, esto es, antes del límite temporal impuesto en la normativa en cita.

Empero, vale precisar que si bien MARTHA MARINA CORREDOR SÁNCHEZ, se encontraba afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. y como consecuencia del presente proceso, se ordenó el traslado del R.A.I.S. al R.P.M., y que se declare que se encuentra válidamente afiliado 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 demandante solicitar ante dicha entidad la corrección de la misma si a bien lo tiene, o en su defecto, solicitar el eventual reconocimiento y pago de la pensión de vejez que aquí pretende, potísima razón por la que se **revocará** el numeral **cuarto** 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 **CUARTO** de la sentencia consultada, proferida el 22 de septiembre de 2020, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., para en su lugar, absolver a COLPENSIONES del reconocimiento de la pensión de vejez pretendida por **MARTHA MARINA CORREDOR SÁNCHEZ**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

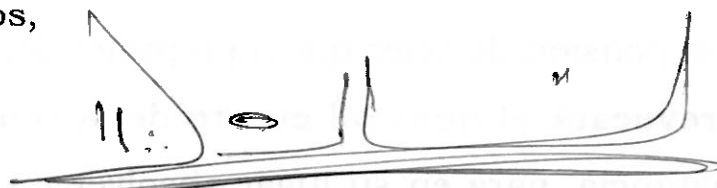
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada, de acuerdo con lo considerado.

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

CUARTO: 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,



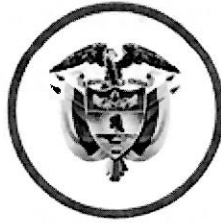
DAVID A. J. CORREA STEER



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 **ETNA CECILIA BUSTOS AGUIRRE** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE COLPENSIONES - COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 015 2019 00722 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 parte demandante, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 15 de febrero de 2020, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante que se declarara la nulidad o ineficacia del traslado del R.P.M. al R.A.I.S., efectuado el 10 de julio de 1996, a COLFONDOS S.A., y que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido afiliado al R.P.M.

Consecuencialmente, que se ordenara a COLFONDOS S.A., la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados, durante el tiempo en que dicha sumas de dinero estuvieron bajo su administración; a COLPENSIONES a reactivar su afiliación, y a recibir los aportes y rendimientos devueltos por el fondo demandado, y a actualizar y a corregir su historia laboral; a las demandadas al reconocimiento de los perjuicios morales ocasionados, y a las costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó, que se declarara inexistente el traslado del R.P.M. al R.A.I.S.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 17 de noviembre de 1956; que cotizó al extinto I.S.S. hoy Colpensiones, desde 1985; que el 10 de julio de 1996, se afilió al R.A.I.S, a través de COLFONDOS S.A.; que contaba con 43 años, para el 1º de abril de 1994, por lo tanto es beneficiaria del régimen de transición; que no fue asesorada, ni informada por COLFONDOS S.A., 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 COLFONDOS S.A realizó una proyección pensional que le arrojó un resultado completamente desfavorable, respecto al monto que le correspondería si estuviese afiliada a COLPENSIONES, que radicó ante COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES solicitud para que se aceptara la nulidad de la afiliación efectuada al R.A.I.S., y que las demandadas rechazaron la misma.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 3 de febrero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 60).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Manifestó, que carecía de legitimación para pronunciarse sobre la nulidad del traslado, y se atenía a lo que se lograre probar en el proceso, lo anterior por cuanto el demandante efectuó la afiliación en la A.F.P. COLFONDOS S.A., esto es, un acto en el cual no tuvo ninguna injerencia, por lo que, sería inapropiado emitir concepto alguno.

Se apoyó en la sentencia SL-17595 de 2017, de la Honorable Corte Suprema de Justicia, para esgrimir que es la administradora del R.A.I.S., quien tiene la carga probatoria de verificar y comprobar que le haya suministrado a la demandante, información oportuna y veraz, respecto del traslado de régimen.

Alegó en su favor, las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios (f.º 63 - 72).

COLFONDOS S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Esgrimió, que si se le bridó a la demandante, una asesoría integral y completa, respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, y que en el presente caso, la suscripción provino de la afiliada, por cuanto ella misma suscribió el formulario de afiliación, por lo cual, no debía declararse la nulidad.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (f.º 86).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 89)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora el 10 de julio de 1996, a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A.; declaró como afiliación válida la del R.P.M.P.D, administrado por COLPENSIONES, ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar todos recursos o sumas a COLPENSIONES y a esta recibirlos, condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el R.P.M.P.D, y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, absolvió a COLFONDOS S.A de los denominados perjuicios morales, y no condenó en costas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación respecto de la condena en costas. Señaló, que como como las demandadas se opusieron a las pretensiones incoadas en su contra, debían ser condenadas por dicho concepto, por cuanto pusieron en movimiento el aparato jurisdiccional.

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; finalmente, si hay lugar o no, a la condena en costas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 17 de noviembre de 1956 (f.º 10); **ii)** que se afilió al extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES, el 10 de enero de 1985 (f.º 18); **iii)** que el 10 de julio de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º de septiembre de 1996 (f.º 11); **iv)** y que actualmente se encuentra afiliada a dicho fondo, con un total de 1613 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P en la simulación comparativa que se le efectuó a la demandante el día 12 de julio de 2019 (f.º 13).

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 10 de julio de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A.; (f.º 11); 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 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 es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión

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

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

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

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

Ahora bien, sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en donde alegó que el *a quo* debió condenar en costas a las parte vencidas en juicio, es menester aclarar que el numeral 5.º 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

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

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.

Por todo lo anteriormente expuesto, en consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante, el 10 de julio de 1996, cuando se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad administrado por A.F.P. COLFONDOS S.A., por lo que está 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.

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 18 de noviembre de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

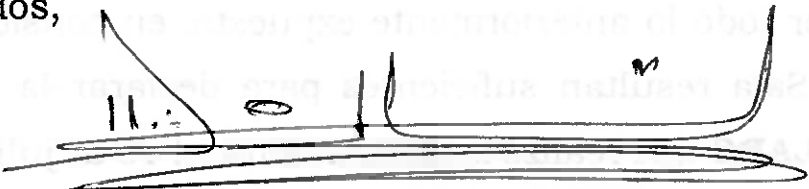
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código

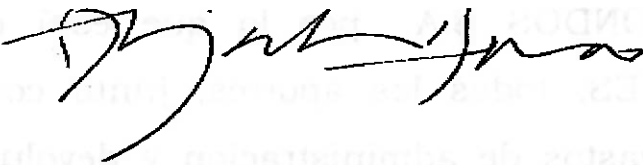
Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



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 **MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ PIÑEROS** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 016 2018 00253 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 STL 3371-2021 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, que se declare la nulidad de la afiliación con Protección S.A., en consecuencia, se ordene a Colfondos, trasladar a Colpensiones, las cotizaciones de su cuenta

pensional, más los cobros y gastos de administración que hubieran sido descontados de sus aportes; a su vez, Colpensiones debe aceptar su vinculación al R.P.M.P.D. como si nunca se hubiere traslado de régimen, así como los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración (f.º 49-51).

Como sustento de sus pretensiones, adujo que prestó sus servicios a diferentes empleadores del orden público y privado desde el año 1979 hasta la fecha, los vendedores o asesores contratados por Colmena, hoy Protección S.A., la indujeron de manera equivocada a trasladarse al régimen de ahorro individual, indicándole que no perdería los beneficios pensionales del régimen de prima media con prestación definida y sin explicarle los riesgos que el traslado implicaría, pues no le suministraron información idónea, suficiente y veraz, que le permitiera tomar una decisión objetiva; tampoco le realizaron una simulación pensional.

Expuso, que desde la fecha de su afiliación ha gestionado ante la A.F.P. Protección el traslado al Régimen de Prima Media, no obstante, esta realizó sin su consentimiento el traslado de su cuenta a la A.F.P. Colfondos quien es su actual administradora, precisando aquí que no le informó a su empleador sobre el cambio de régimen pensional; la pensión que recibirá en el R.A.I.S. equivale a un 60% del valor que recibiría en el régimen de prima media, lo que afectaría la irrenunciabilidad de los beneficios laborales; el 9 de agosto de 2017, reclamó ante la A.F.P. Colfondos su desvinculación quien contestó de forma negativa; el 15 de agosto de 2017, solicitó a la A.F.P. Protección su desvinculación del R.A.I.S., recibiendo el 4 de septiembre siguiente respuesta negativa, y el 6 de julio de dicha anualidad, elevó reclamación ante Colpensiones, de la cual no recibió contestación (f.º 46 a 49).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 64).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, y buena fe (f.º 77-86).

Protección S.A., también se opuso al éxito de las pretensiones y planteó las excepciones de validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (f.º 102-113).

Colfondos S.A., igualmente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de la A.F.P., buena fe, prescripción y las declarables oficiosamente (f.º 153-162).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 65, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 1.º de octubre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado el 1.º de abril de 1997, a través de Colmena Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A; en consecuencia, ordenó a Colfondos S.A., a transferir a Colpensiones, la totalidad de los valores que integran la cuenta

individual de la demandante, junto con los frutos, rendimientos e intereses y sin descontar gastos de administración. Declaró que la única afiliación válida en el sistema de seguridad social de la demandante es la que realizó al Instituto de Seguros Sociales, por lo tanto, condenó a Colpensiones a recibir la totalidad de los recursos trasladados y restablecer el historial laboral de cotizaciones; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (f.º 181, 182).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones, señaló que no se realizó un estudio del caso en concreto, pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, la prueba de la asesoría dada no solo es el formulario de afiliación, sino que además en el interrogatorio de parte la demandante confesó que firmó el formulario de manera libre y voluntaria, y en todo caso el mismo cumple con lo dispuesto en la Ley 692 de 1994, además se dejó de lado que en este documento se le informó a la accionante sobre la posibilidad de retractarse de su decisión de trasladarse; de igual forma, se debe tener en cuenta que para la época del traslado, la demandante era abogada y manifestó que recibió asesoría individualizada por parte del personal de la administradora de pensiones.

Colfondos S.A., sostuvo que se debe tener en cuenta lo manifestado por la demandante al absolver interrogatorio de parte, en donde recibió información específica y que por su calidad de abogada y conocedora del área de nómina de una caja de compensación podía saber las implicaciones del traslado, además la testigo dio cuenta de que se les brindó información. En forma subsidiaria, solicitó revocar la condena relacionada con los gastos de administración, pues las implicaciones de la declaratoria de nulidad

o ineficacia son diferentes en materia civil y en materia laboral, y en esta última se deben preservar las situaciones consolidadas, por lo que no deben ser devueltos dineros que se utilizaron para obtener los réditos de la cuenta individual.

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 STL33371-2021 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 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». (...)»

Así las cosas, se encuentra acreditado dentro del plenario que:

i) la demandante nació el 11 de abril de 1960 (f.º 39); **ii)** prestó servicios públicos a la Contraloría General del Departamento de Cundinamarca, de manera interrumpida entre el 1.º de marzo de 1983 y el 1.º de mayo de 1985 (f.º 19, 20), y a la Empresa de Licores de Cundinamarca como trabajadora oficial desde el 19 de agosto de 1986 hasta el 4 de enero de 1995 (f.º 21-24), de los cuales no se registran cotizaciones; **iii)** se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales, e hizo cotizaciones del 1.º de mayo de 1995 al 31 de mayo de 1996, por 46.57 semanas (f.º 73, 74); **iv)** que el 1.º de abril de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. Colmena A.I.G., hoy Protección S.A. (f.º 96), el cual tuvo efectividad a partir del 1.º de junio de 1997, según reporte de Asofondos (f.º 97); **v)** y finalmente, que el 15 de mayo de

2002, se afilió a la A.F.P. Colfondos S.A. (f.º 138), donde continúa actualmente afiliada (f.º 140-146); 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 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 Colfondos 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,

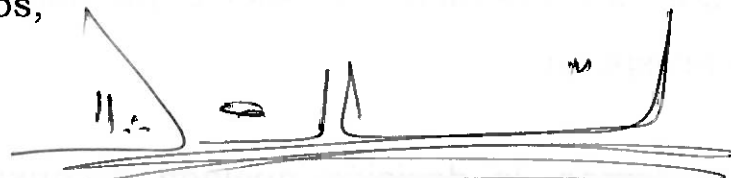
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, y en los términos establecidos en la sentencia STL3371-2021, 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 **VIVIANE HERRERA DURAN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 019 2019 00123 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 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 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara nula o ineficaz la afiliación efectuada por ella al R.A.I.S., en PORVENIR S.A.; que nunca dejó de pertenecer al R.P.M.; que tiene derecho a que su mesada pensional le sea reconocida y pagada por COLPENSIONES; y que se determinara que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado en el R.A.I.S., carecen de validez jurídica.

Consecuencialmente, que se condenara a PORVENIR S.A. a devolverle a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos; a COLPENSIONES a que active su afiliación, y efectué el registro en el SIAFP; a ambas 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 2 de enero de 1964; que se afilió al extinto I.S.S., el 28 de agosto de 1984; que el 1.º de noviembre de 1998, se trasladó a PORVENIR S.A.; que para la fecha de su afiliación, dicha A.F.P. omitió informar a la demandante las ventajas y desventajas de afiliarse al R.A.I.S; que actualmente tiene 54 años de edad, y más de 1567 semanas cotizadas, y que el 11 de mayo de 2018, solicitó a PORVENIR S.A. que procediera a anular su afiliación y la declarara ineficaz, y a COLPENSIONES, que declarara la nulidad de los traslados efectuados a las A.F.P.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 20 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 61).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante. Manifestó, que la actora se encuentra válidamente afiliada al R.A.I.S., y que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación, por lo cual, no procede la declaratoria de nulidad, puesto que al ser taxativas las causales, es potísimo probarlas en el proceso, sumado a que, a lo largo del tiempo, la demandante ratificó su voluntad de trasladarse de régimen.

Propuso como excepciones, la validez de la afiliación al R.A.I.S., cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, y compensación (f.º 67-76).

PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones de la demandante. Esgrimió, que la actora efectuó el traslado de régimen con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993; sumado a que, se debía tener en cuenta que para que se efectúe su pedimento, se requería demostrar que efectivamente la A.F.P., omitió su deber de información para conseguir la vinculación del interesado. Empero, en el presente caso no se dio dicho presupuesto por cuanto la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración respecto del R.A.I.S., y además, no se acredita dentro del plenario prueba sumaria que conduzca a lo deprecado por la parte actora.

Invocó 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, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo pensional, y debida asesoría del fondo (f.º 98 - 106).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 88).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora el día 26 de octubre de 1998, por intermedio de la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A; declaró válidamente vinculada a la demandante al R.P.M. administrado por COLPENSIONES, desde el 28 de agosto de 1984, hasta la actualidad como si nunca se hubiera traslado; condenó a PORVENIR S.A. a devolverle todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la de demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, sin descontar los gastos de administración, con destino a COLPENSIONES; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, y no condenó en costas.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para fuera revocada en su totalidad la sentencia proferida por el *a quo*. Esgrimió, no compartir la aplicación de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, como criterio principal para tomar la decisión, teniendo en cuenta que no se ajustaban a los supuestos facticos de la aquí demandada, por cuanto en los casos estudiados por la Corte, los demandantes eran beneficiarios del régimen de transición.

Adujo, que el traslado de régimen se efectuó bajo los parámetros que en su momento eran legales, esto es, de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993, y que la demandante suscribió un formulario de afiliación que reconoció y no tachó de falso, aunado a que la información allí contenida, demostraba la aceptación de las implicaciones del R.A.I.S, y su consentimiento informado derivado de una información verbal.

Agregó, que la condena referente a los gastos de administración, era desproporcional, por cuanto estos fueron utilizados para el pago de primas de seguros respecto de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, y su devolución implicaría desconocer que existió dicho cubrimiento, así como un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante, y una afectación directa al patrimonio del fondo.

COLPENSIONES, arguyó no estar de acuerdo con el fundamento de la decisión del *a quo*, esto es, la falta de deber de información por parte de la A.F.P., en el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, como quiera que pasó por alto, que conforme a la Ley 100 de 1993, solo era necesaria la aceptación espontanea, libre, y expresa de la afiliada para su traslado de régimen.

Señaló, que la aceptación de la actora, se manifestó con su firma en el formulario de afiliación, y advirtió que para esa fecha no existía la Ley 1748 de 2014, como tampoco el Decreto 2071 de 2015, mediante los cuales se creó la obligación para las A.F.P., de dar una doble asesoría a sus afiliados.

Agregó, que el análisis de la información suministrada por la A.F.P., y el alcance de la misma, debía ser valorado bajo la

normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario, es decir, bajo la Ley 100 de 1993.

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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 2 de enero de 1964 (f.º 17); **ii)** se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 28 de agosto de 1984, donde cotizó un total de 571.86 semanas (f.º 18); **iii)** que para fecha de afiliación al RAIS tenía 34 años (f.º 30) **iv)** que el 26 de octubre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 30 y 109), **v)** y que actualmente se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., con un total de 979 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 23 a 29.

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 26 de octubre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE S.A, hoy PORVENIR S.A. (f.º 30 y 109), 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 aparea que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver 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 26 de octubre de 1998, cuando se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad administrado por A.F.P. HORIZONTE 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.

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de octubre de 2020, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, 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 **ALBA CECILIA FERNÁNDEZ CAMELO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 020 2019 00447 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 demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara que la afiliación que efectuó en el R.A.I.S., es nula o ineficaz; que la misma no produjo efectos, y que la única afiliación válida fue la que hizo en el extinto I.S.S. hoy COLPENSIONES.

Consecuencialmente, que se condenara a PORVENIR S.A., y/o a COLFONDOS S.A. a retrotraer los efectos de la afiliación; a trasladar a COLPENSIONES la información y dineros aportados; 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 10 de enero de 1962, por los que cumplió 57 años, el mismo día y mes de 2019; que se afilió al extinto I.S.S., hoy Colpensiones el 1.º de marzo de 1983; que posteriormente, ingresó a laboral a la Secretaría Distrital de Integración Social, y se afilió al FONCEP; que el 1.º de enero de 1996, se afilió al I.S.S.; que antes de trasladarse al R.A.I.S. cotizó un total de 829 semanas; que se afilió al R.A.I.S. en julio de 2000, administrado por PORVENIR S.A.; que en marzo de 2004 se trasladó a COLFONDOS S.A.; que no fue asesorada, ni informada por dichas administradoras 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 conforme a la proyección que le realizó COLFONDOS S.A., no obtendría una pensión por su capital, debiendo optar por la garantía de pensión mínima, y que

solicitó a las administradoras aquí demandadas, la anulación de su afiliación al R.A.I.S.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 22 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 109).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Manifestó, que no era procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por la accionante al R.A.I.S., por cuanto la demandante se encuentra válidamente afiliada a dicho régimen, por haber suscrito el formulario de afiliación a la A.F.P. PORVENIR, de manera voluntaria, consciente y sin presiones, aunado a que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, establece que la selección de régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.

Alegó en su favor, las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción, prescripción de la acción, y enriquecimiento sin causa (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 111 - 125).

COLFONDOS S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Esgrimió, que la vinculación de la parte demandante al R.A.I.S., se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos, por cuanto ésta, de manera libre y voluntaria, en uso de sus facultades

legales, y en ejercicio de la libertad de afiliación, decidió afiliarse a este régimen, y someterse a todas las características y exigencias de éste.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, y pago (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 154 - 163).

No obstante, en audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se allanó a las pretensiones de la demanda (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 346).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a las pretensiones de la actora. Arguyó, que la afiliación de la parte demandante con ella, fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se puede apreciar en la solicitud de vinculación, en donde consta la declaratoria escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Invocó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 177 - 193).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito, en sentencia de 22 de octubre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del R.A.I.S. al R.P.M., efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., el 24 de mayo de 2000, y sus posterior afiliación a COLFONDOS S.A., el 1.º de marzo de 2004; declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES; ordenó a COLFONDOS S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la actora, junto con los rendimientos financieros causados a COLPENSIONES, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; señaló, que de existir aportes en PORVENIR S.A., éstos deberían ser trasladados a COLPENSIONES, y condenó en costas a PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 345 - 348).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación respecto de la condena en costas impuesta por el *a quo*. Adujo que, no se cumple lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso para que sea condenada en costas, toda vez que, según las resultas del proceso, no existió ninguna condena en contra de ella, por tanto, no habría lugar a esta declaración.

COLPENSIONES, solicitó que fuera revocada la decisión proferida por el juez. Arguyó, que la actora se encontraba inmersa en la prohibición legal para efectuar el traslado de régimen, y que dentro del expediente no obra prueba alguna que permita acreditar si existió o no, un vicio de consentimiento.

Señaló que, pese a que la Honorable Corte Suprema de Justicia analiza el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece la responsabilidad del deudor, no analiza quien es el deudor y quien es el acreedor en un contrato de afiliación, por lo que hay una errónea interpretación de dicho precepto, dado que es el afiliado el que debe al fondo la realización de sus aportes, y solo hasta que se pensione se invierten las cargas.

Solicitó que se aplicara el artículo 177 del Código General del Proceso, y en consecuencia, se declarara que no existió una prueba que acredite vicio alguno, teniendo en cuenta que, en el presente caso es imposible acreditar hechos que ocurrieron hace más de 19 años.

Sobre el deber de información, señaló que si bien la A.F.P. debió brindarle una asesoría a la actora, esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, del cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la pensión de vejez, e indicó que, debía tenerse en cuenta la descapitalización del sistema que sigue ocurriendo al acceder a la nulidad de los traslados que se están solicitando.

Rogó, que, si se llegase a confirmar la sentencia, se condicionara el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la A.F.P, y que no fuera condenada en costas, toda vez que, no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo.

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 el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad por no recibir 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 condena en costas impuesta a las demandadas por el *a quo*.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 10 de enero de 1962 (f.º 26); **ii)** que se afilió al extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES, el 1.º de marzo de 1983, en donde cotizó un total de 254.57 semanas (f.º 26); **iii)** que posteriormente realizó sus aportes en la Caja de Previsión Social (f.º 32); que el 1.º de enero de 1996, nuevamente cotizó en el I.S.S., debido a que para esa fecha entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para su empleador (f.º 32); **iv)** que el 24 de mayo de 2000, se trasladó a PORVENIR S.A., con fecha de efectividad de 1.º de julio de 2000 (f.º 197); **v)** y que el 1.º de marzo de 2004, se trasladó a COLFONDOS S.A. (f.º 21), por lo que es claro efectuó traslados entre administradora del R.A.I.S., encontrándose actualmente afiliada a COLFONDOS S.A., con un total de 1344.85 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral obrante de f.º 22 a 25 expedida por dicha A.F.P.

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 24 de mayo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., y que el 1.º de marzo de 2004 se trasladó a COLFONDOS S.A., donde actualmente continúa afiliado, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 21), 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 el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que “la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, 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 lo expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante, el 24 de mayo de 2000, cuando se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., así como la posterior afiliación a COLFONDOS 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, sobre el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES respecto de la condena en costas, es menester aclarar que el numeral 5.º 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

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

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 22 de octubre de 2020, por el Juzgado 20 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 **MARÍA BETSABE DÍAZ VILLARAGA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 020 2019 00516 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 20 de octubre de 2020, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante que se declarara la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por ella, el 1.º de mayo de 2000, del R.P.M. al R.A.I.S, administrado por A.F.P. I.N.G., hoy PROTECCIÓN S.A. por la indebida y nula información que le fue suministrada, y que se declarara, para todos los efectos legales que la única afiliación válida, fue la efectuada por ella, el 22 de marzo de 1979, al extinto I.S.S.

Consecuencialmente, que se ordenara a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual; a COLPENSIONES a tenerla como afiliada, a recibir sus aportes, a corregir y actualizar su historia laboral, a pagarle la pensión de vejez a partir del 1.º de mayo de 2019, y a incluirla en la nómina de pensionados; 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 23 de mayo de 1961, y que cumplió 55 años de edad el mismo día y mes de 2018; que se afilió al extinto I.S.S. el 22 de marzo de 1979; que cotizó un total de 1.026 semanas en el R.P.M.; que el 1.º de mayo de 2000, mientras laboraba para el Banco Caja Social, se trasladó al R.A.I.S., mediante afiliación a I.N.G., hoy PROTECCIÓN S.A.; que posteriormente, se trasladó a PORVENIR S.A., fondo al que actualmente se encuentra afiliada, y que dichos fondos no le brindaron la suficiente ilustración respecto de las implicaciones del traslado de régimen, por lo que en su decisión no existió consentimiento de libertad y voluntariedad.

Agregó, que el 14 de junio de 2017, le solicitó a COLPENSIONES que se declarara la nulidad de traslado de régimen efectuado por ella el 1.º de mayo de 2000; que el 1.º de agosto de 2017, fue aprobado el traslado por la activación de la sentencia SU - 062 de 2010; que PORVENIR S.A. trasladó a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encontraban depositados en su cuenta de ahorro; que el 19 de junio de 2018, solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez a COLPENSIONES, pero que la entidad rechazó su solicitud mediante Resolución n.º 27564 de 22 de octubre de 2019; que interpuso los respectivos recursos, pero que la decisión fue confirmada en todas y cada una de sus partes, y que ésta manera agotó la reclamación administrativa de que trata el artículo 6.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 2 de agosto de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 145).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Manifestó, que dentro del expediente no obraba prueba alguna de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información), por parte de la A.F.P., o que haya habido algún vicio de consentimiento (fuerza o dolo), en el traslado efectuado por ella al R.A.I.S., el 1.º de mayo de 2000.

Alegó en su favor, las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad,

inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 164 - 226).

PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones de la demandante, y en especial a que se declarara la nulidad del traslado de régimen efectuado por ella a la A.F.P., por cuanto se está frente a un acto válido, existente, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y agregó que la actora, suscribió el formulario de afiliación de forma libre y espontánea.

Invocó como excepciones de mérito, la de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, y aprovechamiento indebido de los recursos del Sistema General de Pensiones (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 243 - 259).

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Arguyó, que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se observa en el formulario de afiliación, documento que debe presumirse auténtico en virtud de los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso, y el parágrafo 54A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, e inexistencia de la obligación (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 304 - 319).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de octubre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación o del traslado del R.P.M al R.A.I.S, efectuado por la demandante el 1.º de mayo de 2000, y la posterior afiliación a Porvenir S.A.; declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones; ordenó a PORVENIR S.A. a devolver la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la actora, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; dispuso que en caso de existir aportes en Protección S.A., a favor de la demandante, deberían ser trasladados a Colpensiones; señaló, que en caso de existir aportes en Protección S.A., a favor de la actora, éstos deberán ser trasladados a Colpensiones; que una vez se cumpliera lo anterior, Colpensiones deberá reconocerle a la actora la pensión de vejez con fundamento en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, conforme lo indican los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, junto con lo reajustes año por año, y la mesada adicional, y condenó en costas a las demandadas.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida en su totalidad.

Indicó, que en el presente caso no se cumplieron los requisitos dispuestos en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como para declara la ineficacia del traslado, por cuanto no hubo una actuación dolosa en la afiliación de la demandante al R.A.I.S., que

originalmente ocurrió en el fondo Protección S.A, aunado al hecho de que la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria.

Sobre las sumas que ordenó trasladar el juez a Colpensiones, arguyó, que debía descontarse el valor correspondiente a los gastos de administración, por cuanto éste ya fue pagado a la aseguradora correspondiente para cubrir los riesgos de invalidez o muerte que eventualmente pueda sufrir la demandante, y que los mismos no son tenidos en cuenta en ningún régimen para la financiación de la pensión de la demandante, por lo que están sujetos al fenómeno de prescripción.

COLPENSIONES, esgrimió que no debía declararse la ineficacia del traslado del R.P.M. al R.A.I.S, pues esto sería invalida un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos, tanto así que la demandante efectuó aportes a ambos fondos privados.

Señaló, que no se demostró interés alguno por parte de la demandante para asesorarse sobre la información de los regímenes pensionales, teniendo en cuenta que en su interrogatorio de parte simplemente manifestó no recordar la información que le brindaron, y que tampoco se evidenció que se le haya hecho incurrir en error, o que las A.F.P. hayan faltado a su deber de información, o un vicio del consentimiento, error, fuerza o dolo, máxime si se tiene en cuenta que efectuó su afiliación de forma libre y voluntaria.

Indicó, que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, y que la decisión del juez atenta contra el principio de sostenibilidad financiera que rige el sistema pensional.

Finalmente, esgrimió que, en caso de que se confirmara la decisión del *a quo*, fuera exonerada de las costas del proceso.

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 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 23 de mayo de 1961 (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 44) ; **ii)** que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales el 22 de marzo de 1979 (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 45), en donde cotizó 1.024 semanas (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 50); **iii)** que el 1.º de mayo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. I.N.G., hoy Protección S.A. (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 260); 77); **iv)** que el 7 de enero de 2004, se trasladó a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. (Expediente virtual, archivo n.º 2, f.º 260); **v)** que el 1.º de marzo de 2008 se trasladó a OLD MUTUAL S.A., hoy Skandia S.A. (f.º 260); **vi)** y que el 10 de octubre de 2008, se trasladó a Porvenir S.A. (f.º 260), por lo que es claro que hizo varios traslados entre administradora del R.A.I.S.

Observa la sala, que el 14 de junio de 2017, la actora solicitó a Colpensiones la anulación del traslado que efectuó el 1.º de mayo de 2000, y que en 3 oportunidades la entidad certificó que desde el 1.º de agosto de 2017, la actora se encontraba afiliada al R.P.M., por la novedad de activación de la afiliación, por la sentencia SU - 062 de 2010 (f.º 101, 104). Así, el 19 de junio de 2019, la actora solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a la entidad, pero Colpensiones se lo negó, bajo el argumento de que la Gerencia de Prevención de Fraude, se encontraba efectuado el trámite de validación de la afiliada, y adelantando investigación administrativa al respecto (f.º 102 - 103), decisión ésta que fue confirmada, mediante Resolución n.º SUB - 3912 de 14 de febrero de 2019, por la entidad al resolver el recurso de apelación y en subsidio de apelación interpuesto por la demandante. (f.º 111 - 113).

En audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el *a quo* solicitó a las partes aclarar dicha situación. Así, Colpensiones indicó que, actualmente la demandante no se encuentra afiliada al R.P.M., y que efectivamente se adelantó una investigación administrativa para esclarecer dicha situación. Igualmente, Porvenir S.A., clarificó que, al verificar los documentos de la actora, se percató de un documento de movimientos de la cuenta, en el que consta que Colpensiones, en julio de 2020, efectuó la devolución del dinero a la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que dichos saldos actualmente se encuentran en Porvenir S.A.

En este orden, es claro que la demandante actualmente se encuentra afiliada al R.A.I.S, administrado por PORVENIR S.A., con un total de 1.893 semanas cotizadas, de acuerdo con la historia laboral que obra de f.º 50 a f.º 61, expedida por PORVENIR S.A., el 6 de abril de 2017.

Ahora bien, 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 1.º de mayo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. I.N.G., hoy PROTECCIÓN S.A. (f.º 260); que el 7 de enero de 2004, se trasladó a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. (f.º 260); que el 1.º de marzo de 2008 se trasladó a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., y el 10 de octubre de 2008 (f.º 260), se trasladó a PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliada, 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.*

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

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

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

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

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

Ahora bien, 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:

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

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver 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 1.º de mayo de 2000, cuando se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad administrado por A.F.P. I.N.G., hoy PROTECCIÓN S.A., así como las posteriores afiliaciones a OLD MUTAL S.A., hoy SKANDIA S.A., y a PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliada, por lo que esta 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.

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 20 de octubre de 2020, por el Juzgado 20 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.

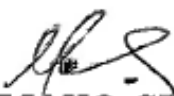
Los Magistrados,



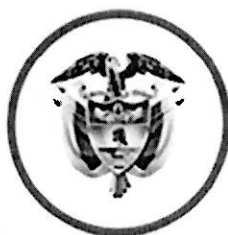
DAVID A. J. CORREA STEER



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 **MARÍA CLAUDIA BERMÚDEZ GÓMEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 021 2019 00685 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 demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado del R.P.M. al R.A.I.S., administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., efectuado el 10 de marzo de 1997; consecuentemente, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a devolver todas las sumas que constituyen su ahorro, junto con los valores adicionales y saldos, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el Artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que hubiere causado.

Para el efecto, manifestó que nació el 31 de agosto de 1965; que cotizó al R.P.M. desde 1989 hasta 1994; que posteriormente, ingresó a laborar en la Superintendencia de Valores, donde era obligatorio cotizar en 'CORPORANÓNIMAS', entidad que fue liquidada en 1997, razón por la cual, el 10 de marzo de ese mismo año, se trasladó el R.A.I.S., fondo ING COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., sin recibir información concreta y veraz de las consecuencias de su decisión.

Finalmente, indicó que el 8 de agosto de 2019, reclamó administrativamente a las entidades demandadas, pero PROTECCIÓN negó los pedimentos y COLPENSIONES no dio respuesta a la solicitud (f.º 3 - 10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 10 de febrero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 47).

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 descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (exp. Dig., doc. 3).

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; sumado a ello, el acto de traslado se cumplió con todos los requisitos de existencia y validez, y por tanto, produce los efectos jurídicos derivados de éste.

Formuló como excepciones mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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, e, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declarara la

nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (exp. Dig., doc. 4).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 48).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de diciembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante al R.A.I.S., administrado por PROTECCIÓN S.A., efectuado el 10 de marzo de 1997, por lo que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES; y como consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por éstos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado, para lo cual se concede el término de un (1) mes.

Adicionalmente, condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el R.P.M. y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de apelación, para que la sentencia sea revocada parcialmente, sólo en

lo que tiene que ver con la devolución de los gastos de administración y el seguro previsional. Adujo, respecto del primer rubro, que tal descuento está autorizado por la Ley 100 de 1993, y también se efectúa en el R.P.M., sumado a ello, tal devolución desconoce el derecho a las restituciones mutuas establecido en el Artículo 1746 del Código Civil y genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, pues ésta última nunca administró los recursos de la demandante. Finalmente, arguyó que a los mismos sí les es aplicable el fenómeno prescriptivo, ya que no tienen una naturaleza pensional.

Ahora, respecto de la devolución del seguro previsional, indicó que el mismo se contrató y pagó a un tercero, que es la aseguradora, para prever las contingencias de invalidez y muerte de la demandante durante el tiempo que ha permanecido afiliada a ésta A.F.P., razón por la cual, no se le puede exigir la devolución del mismo.

La demandada **COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia proferida por el a quo en su totalidad, toda vez que, pese a que no se le haya impuesto una condena directa, la decisión tomada puede generar un detrimento futuro al patrimonio de la entidad, toda vez que, actualmente es imposible determinar si los valores que van a ser devueltos alcanzan a cubrir el pago de la prestación de vejez de la demandante. Adujo, que la línea jurisprudencial que fue aplicada por el juzgador de primera instancia, no se ajusta a las situaciones fácticas de este caso, pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no tenía una expectativa legítima y no estaba próxima a cumplir los requisitos para acceder a una pensión de vejez al momento del traslado, razón por la cual, consecuentemente, no se debió invertir la carga de la prueba.

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 31 de agosto de 1965 (f.º 17); *ii)* que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 1.º de abril de 1989, donde cotizó un total de 254,14 semanas (exp. Adm., reporte de semanas cotizadas); *iii)* y que el 10 de marzo de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA AIG, hoy PROTECCIÓN S.A., conforme a la solicitud de vinculación allegado al proceso (f.º 18), 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 18, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 10 de marzo de 1997, con la A.F.P. COLMENA AIG, hoy 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, 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 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 del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver las cotizaciones, rendimientos financieros,

gastos de administración, así como las demás sumas ordenadas por el *a quo*, 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. COLMENA AIG, hoy PROTECCIÓN S.A. el 10 de marzo de 1997, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

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

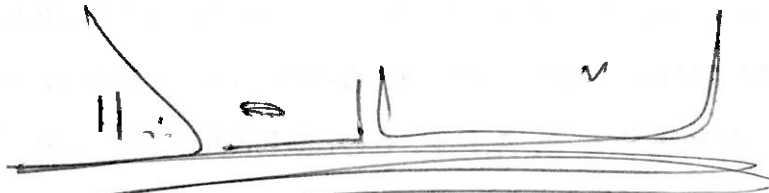
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **DIANA HERCILIA FAJARDO SALAZAR** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 022 2019 00061 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 demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado del R.P.M. al R.A.I.S., efectuado el 1.º de junio de 1998 con la A.F.P. ING, hoy PROTECCIÓN S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe para que realizara tal traslado; consecuentemente, se ordene a COLPENSIONES a recibirla y afiliarla nuevamente en el R.P.M., como si nunca se hubiera trasladado; y se condene a PROTECCIÓN S.A. a pagar las sumas adeudadas actualizadas, de conformidad con la certificación expedida por el DANE.

Para el efecto, manifestó que nació el día 27 de julio de 1961; se afilió al extinto I.S.S. el 2 de febrero de 1983; y el 1.º de junio de 1998, se trasladó a la A.F.P. ING, hoy PROTECCIÓN S.A., sin recibir la suficiente información, pues sólo se le indicó que podría llegar a pensionarse anticipadamente y obtener una mesada pensional superior a la que obtendría en COLPENSIONES; sin embargo, en ningún momento se le indicó que por el hecho de trasladarse perdería los beneficios ofrecidos por el R.P.M.

Finalmente, indicó que, el 26 y 27 de julio de 2018, reclamó administrativamente a las entidades demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, solicitando el traslado de régimen pensional (f.º 29 - 39).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 19 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 44).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, toda vez que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; sumado a que, no se puede hacer tal solicitud porque no se cumplieron sus expectativas económicas de la pensión de vejez, pues la manera como ésta se liquida está consagrada legalmente.

Formuló como excepciones mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones (f.º 52- 65).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna que evidencie que la demandante hubiese incurrido en un error por la falta al deber de información en que incurrió la A.F.P., o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), sumado a ello, no se evidencia anotación alguna que permita inferir que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria; aunado a ello, indicó que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la SU-062 de 2010.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 97 - 114).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 46).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de diciembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al R.A.I.S. el 1.º de abril de 1994; y como consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A..

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de apelación, para que la sentencia sea revocada en su totalidad, ya que en el expediente obra toda la información que se le suministró a la demandante de manera oportuna, veraz y suficiente para que decidiera trasladarse. Indicó, que la juez de primera instancia debió tener en cuenta que, en el interrogatorio de parte, la demandante falta a la verdad al indicar que no recibió asesoría, pues, ésta A.F.P. posterior a la afiliación realizó varias reasesorías, las cuales reposan en el expediente diligenciadas y firmadas por la demandante.

Ahora, frente a lo que tiene que ver con la devolución de los gastos de administración y el seguro previsional, adujo, que tal descuento está autorizado por la Ley 100 de 1993, y también se efectúa en el R.P.M., sumado a ello, debido a la buena administración

de los recursos se generaron rendimientos, por lo que tal devolución constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

Respecto de la devolución del seguro previsional, indicó que el mismo se contrató y pagó a un tercero, que es la aseguradora, para prever las contingencias de invalidez y muerte de la demandante durante el tiempo que ha permanecido afiliada a ésta A.F.P., razón por la cual, no se le puede exigir la devolución del mismo. Finalmente, indicó que a estos dos conceptos sí les es aplicable el fenómeno prescriptivo, ya que no tienen una naturaleza pensional.

La demandada **COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia proferida por el a quo en su totalidad, toda vez que, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en el Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, además, dentro del proceso no obra prueba alguna que demuestre que el traslado estuvo precedido de algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo, y del interrogatorio de parte no se evidencia que la demandante haya sido obligada a efectuar dicho traslado, sumado a ello, respecto del deber de información que tienen las A.F.P., adujo que no se les puede exigir el cumplimiento de requisitos u obligaciones que no existían para el momento del traslado de la demandante.

Finalmente, solicitó que de confirmarse la decisión, se condicione el cumplimiento a la devolución de las sumas de dinero que posee PROTECCIÓN S.A. en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que se deberán trasladar debidamente indexados.

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 27 de julio de 1961 (f.º 17); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 2 de febrero de 1983, donde cotizó un total de 318 semanas (f.º 2-7); **iii)** y que el 4 de mayo de 1998, 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 66), 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 66, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 4 de mayo de 1998, 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, 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 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 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver las cotizaciones, rendimientos financieros, y gastos de administración, 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 4 de mayo de 1998, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en torno a la ineficacia del traslado.

Ahora bien, pese a que la Sala comparte la decisión tomada por la Juzgadora de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se debe poner presente, que existe una imprecisión respecto de la fecha en que éste se efectuó, pues, no es correcto afirmar que, en el Historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS (f.º 67), se indique que el mismo se realizó el 1.º de abril de 1994, ya que, tanto en éste documento, como la solicitud de

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

vinculación a PROTECCIÓN S.A. visible a folio 66, se plasma como fecha de la mentada solicitud el 4 de mayo de 1998, razón por la cual, únicamente en éste aspecto, la Sala **MODIFICARÁ** 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: MODIFICAR el numeral **primero** de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de octubre de 2020, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, **DIANA HERCILIA FAJARDO SALAZAR**, al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, acaecido el 4 de mayo de 1998, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

CUARTO: 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 long horizontal flourish underneath.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', with a long horizontal flourish underneath.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marceliano Chávez Ávila', with a long horizontal flourish underneath.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA