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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS JULIO MORALES RAMOS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y VIAJES ESPECIALES S.A.**

EXP. 11001 31 05 **024 2017 00462 01.**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 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 MARIA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, contra la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare que con la sociedad Viajes Especiales S.A., existió un contrato de trabajo entre el 1.° de febrero de 1986 y el 30 de noviembre de 1990; que tiene derecho a que dicha sociedad le pague las cotizaciones a la seguridad social en pensión por el lapso indicado; que es beneficiario del régimen de transición y que tiene derecho a la pensión de vejez. Como consecuencia, que se condene a Viajes Especiales S.A. a expedir la reserva o título actuarial por el período comprendido entre el 1.° de febrero de 1986 y el 30 de enero de 1987, y entre el 11 de mayo de 1988 al 30 de noviembre de 1990; que se condene a Colpensiones a pagar la pensión de vejez desde el 14 de septiembre de 2013, con independencia del pago del título pensional, y al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más las costas y agencias en derecho.

Adujo, que nació el 14 de septiembre de 1953, y cumplió los 60 años el mismo día y mes de 2013, siendo beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por la edad; que con la sociedad Viajes Especiales S.A. existió un contrato de trabajo desde el 1.° de febrero de 1986 hasta el 30 de noviembre de 1990, quien pese a descontarle los aportes para pensiones no realizó el pago total de los aportes para pensiones; que dicha sociedad únicamente le cotizó para pensiones entre el 12 de agosto de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1987, y desde el 1.° de enero de 1988 hasta el 10 de abril de 1988, y que le dejó de cotizar desde el 1.° de febrero de 1986 hasta el 30 de enero de 1987, y desde el 11 de mayo de 1988 hasta el 30 de noviembre de 1990; que a julio de 2005, contaba con más de 750 semanas de cotización contando los períodos no cotizados; que reclamó a Colpensiones la pensión, y que se la negaron mediante

Resolución n.° GNR 341715 del 17 de noviembre de 2016, que fue confirmada por la Resolución n.° GNR 38602 del 2 de febrero de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de octubre de 2017, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.° 48 - 49).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor; manifestó que no había prueba alguna de la relación laboral alegada por el demandante, en los periodos referidos por el que impliquen cotizaciones al sistema. También, alegó que el actor no acredita las semanas de cotización necesarias para ser beneficiario del régimen de transición. Propuso las excepciones de prescripción y cobro de lo no debido (f.° 94 - 105).

VIAJES ESPECIALES S.A., también se opuso a las pretensiones del actor. Alegó, en su favor que el actor únicamente le prestó servicios entre el 1.° de agosto de 1987 el 10 de enero de 1988, y no durante el lapso indicado en la demanda.

Propuso las excepciones de inexistencia del vínculo laboral durante los periodos solicitados, pago de aportes para el periodo comprendido entre el 1.° de agosto de 1987 y el 10 de abril de 1988; inexistencia de prueba sobre el periodo de aportes reclamados; inexistencia de prueba de los descuentos por aportes a seguridad social aludidos, e insuficiencia del poder (f.° 136 - 144).

LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, guardo silenció.

Mediante auto de 6 de julio de 2018, el juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de Viajes Especiales S.A., y ordenó integrar al Litisconsorte necesario a Líneas Escotur S.A., de acuerdo con lo previsto en el artículo 61 del Código General del Proceso, aplicable por expreso reenvío del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (f.° 164).

LÍNEAS ESCOTUR S.A., se opuso a todas las pretensiones del actor. Invocó las excepciones de prescripción y buena fe (f.° 179-180). No obstante, el juzgado inadmitió la contestación de la demanda en auto de fecha de 18 de diciembre de 2018 (f.° 185); y en auto de 4 de marzo de 2019, la dio por no contestada, por cuanto la sociedad omitió subsanar las inconsistencias de la contestación dentro del término establecido para el efecto (f.° 186).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 6 de marzo de 2020, absolvió a las demandadas y a la vinculada como Litis consorcio necesario, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra, y condenó en costas al actor (f.° 230 - 231).

Consideró, que los problemas jurídicos que debían resolverse, consistían en determinar, en primer lugar, si el demandante laboró al servicio de Viajes Especiales S.A., entre el 1.° de febrero de 1986 y el 30 de noviembre de 1990, y si existía mora patronal. En segundo lugar, si era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para establecer si podía acceder a la pensión de vejez desde el 14 de septiembre de 2013.

En cuanto a lo primero, encontró que el actor efectivamente laboró para Viajes Especiales, pero no en el período indicado en la demanda, sino entre el 1.° de agosto de 1987 y el 10 de abril de 1988.

Así como también, desechó la liquidación de prestaciones sociales obrante a f.° 14 aportada por el actor, por cuanto la misma, pese a contar con logo de la sociedad y firma del demandante, no contaba con ninguna otra firma, ni constancia de quien la había elaborado, y tuvo en cuenta lo manifestado por la gerente en su interrogatorio de parte, en donde afirmó que si bien había expedido certificación de que el demandante había laborado para la demandada entre el 1.° de agosto y el 10 de abril de 1988, lo hizo como un favor personal para que el demandante obtuviera un préstamo.

Para reforzar su conclusión, tuvo en cuenta el contrato de trabajo individual a término indefinido, la liquidación del mismo y solicitud de empleo aportados por la demandada en su contestación, así como los testimonios de Plinio Zetina, José Iturriaga y Aída de Velosa.

En ese orden, expresó que no había lugar a imponer condena por mora patronal en el pago de aportes, ni a impartir ninguna orden en relación con los periodos señalados por el actor.

Sobre la alegación del apoderado del actor de que los períodos de octubre de 1995 a septiembre de 1999, se encontraban en mora, señaló que si bien al verificar la historia de Colpensiones que obra a folio 38 a 39, se advierte que en efecto esos periodos en esa historia figuraban en cero, también lo es que en el documento que fue allegado con posterioridad corresponde al reporte de semanas actualizado al 27 de septiembre 2019, el cual obra de folios 209 y siguientes, en

donde cual se observa que durante ese periodo sí se contabilizaron los aportes, salvo los periodos en los que el demandante dice que laboró durante todo ese tiempo, pero sin demostrar igualmente la existencia de contrato de trabajo con la Empresa Tures de Colombia.

Finalmente, el juzgado consideró que si bien el demandante era beneficiario por la edad del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haber nacido el 14 de septiembre de 1953, sin embargo, no quedó cobijado por el Acto Legislativo 01 de 2005, pues a la fecha de entrada en vigencia de este acto, solo había acreditado 603,28 semanas de cotización.

IV. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia, sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante. Para el efecto, se estima que los problemas jurídicos a esclarecer son los siguientes: ***i)*** si el demandante laboró al servicio de Viajes Especiales S.A., entre el 1.° de febrero de 1986 y el 30 de noviembre de 1990, y si existía mora patronal, y **ii)** si es beneficiario del régimen de transición.

En primer lugar, debe decirse que sí bien el demandante aportó una constancia expedida el 3 de enero de 2002, por la Gerente de Viajes Especiales S.A., en la que se dice que laboró para esa empresa entre el 1.° de febrero de 1986 y el 30 de noviembre de 1990 (f.° 15), lo cierto es, que esos tiempos quedaron desvirtuados por la suscribiente al absolver el interrogatorio de parte en donde dijo que se había expedido por hacerle un favor al demandante para que obtuviera un préstamo personal.

Inclusive, el mismo demandante en su interrogatorio de parte, afirmó que había laborado para Líneas Escotur como conductor entre el 1.° de febrero de 1987 y el 15 de julio del mismo año, lo que está ratificado con la certificación expedida por Líneas Escotur (f.° 161). Asimismo, al folio n.° 157, aparece el contrato de trabajo que el actor suscribió con Viajes Especiales el 1.° de agosto de 1987, fecha en la que igualmente comenzó a laborar con esa empresa, lo mismo que la liquidación de prestaciones por el período comprendido entre el 1.° de agosto de 1987 y el 10 de abril de 1988 (f.° 58), y con el título de deposito judicial consignado a órdenes del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá (f.° 59) cuyo valor de $38.323 corresponde exactamente al valor de la liquidación final de prestaciones sociales.

También, se observa la afiliación del actor al extinto I.S.S. por cuenta de Viajes Especiales S.A. (f.° 162), donde aparece como fecha de ingreso el 1.° de agosto de 1987, misma fecha que se registró en el formulario de afiliación a la Caja Colombiana de Subsidio Familiar (f.° 163)

Las anteriores pruebas, son suficientes a juicio de la Sala, para encontrar completamente desvirtuadas las afirmaciones del actor en su demanda, en el sentido de haber trabajado para la empresa Viajes Especiales S.A. entre el 1.° de febrero de 1986 y el 30 de noviembre de 1990, y que en los períodos correspondientes del 1.° de febrero de 1986 al 30 de enero de 1987 y del 11 de mayo de 1988 hasta el 30 de noviembre de 1990, no se le hicieron cotizaciones para pensión.

De otro lado, también es evidente que el actor nació el 14 de septiembre de 1953, por lo que al tener más de 40 años de edad para el 1.° de abril de 1994, es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, como bien lo advirtió el juzgado, que para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de

2005, no tenía las 750 semanas de cotización, lo que le hubiera permitido seguir gozando de dicho régimen, a más tardar, hasta el 31 de diciembre de 2014, pues para entonces tenía tan solo acreditadas 603.28 semanas, como se desprende de las distintas historias de cotizaciones a Colpensiones aportadas al expediente, especialmente la de folios n.º 206 a 216, destacándose que en el hecho noveno de la demanda, el propio demandante afirmó que a julio de 2005, contaba con 750 semanas de cotización, incluyendo en ese número las semanas que no cotizó Viajes Especiales S.A., durante los períodos que señaló, cuando como quedó visto, en dichos períodos, no había lugar a cotizaciones a la Seguridad Social por no haber demostrado que hubiera estado laborando para la mencionada sociedad.

Finalmente, las inconsistencias advertidas por el apoderado del actor en sus alegaciones, referente a las supuestas irregularidades por no haberle contabilizado cotizaciones por el período comprendido entre octubre de 1995 y septiembre de 1999, también quedan desvirtuadas con la citada historia de cotizaciones de folios 206 a 216, donde no se observan inconsistencias que permitan su corrección, ya que si bien algunos períodos en ese lapso no aparecen contabilizados, las fechas de inicio y de retiro son coherentes, además de que tampoco el actor demostró que estuviera vinculado laboralmente con alguna empresa en los breves períodos por los cuales no le figuran cotizaciones.

Por tanto, la sentencia consultada será confirmada sin que haya lugar a costas.

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

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

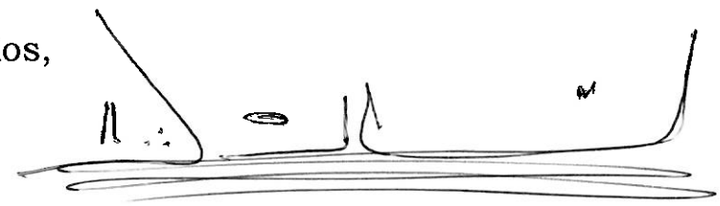
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

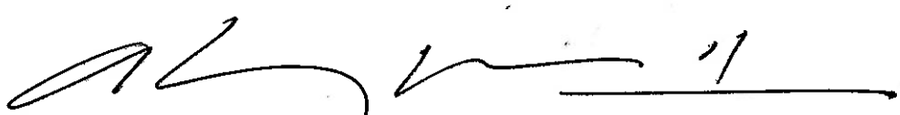
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por haber conocido la sala en grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

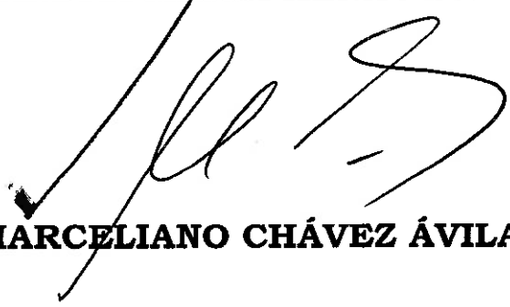
Los Magistrados,



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 **BERTHA YOLANDA MEDRANO RIVERA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **026 2018 00504** 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 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, respecto de la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado a fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A., a finales del año 1997; así mismo, que se declare la nulidad del traslado efectuado a PROTECCIÓN S.A., el día 1.° de diciembre de 1999, por falta de asesoría profesional, información clara y precisa; en consecuencia, Colpensiones debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condenen a las demandadas en costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 4 de agosto de 1961; que se afilió el 4 de abril de 1991, a Colpensiones, y por medio de formulario efectuó su traslado de régimen pensional con destino a COLFONDOS S.A. a finales del año 1997, a través de un formulario que no registra fecha completa de diligenciamiento, y no cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; afirmó, que el asesor comercial no le brindo información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se concedían en el régimen de prima media con prestación definida, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no se le realizó un estudio de su situación particular, sino que solo se le instruyó sobre los beneficios que obtendría al cambiarse de régimen pensional.

Así mismo, afirmó que Doris Hernández, Jorge Contreras y Julio Gómez, manifestaron que los asesores de la A.F.P. COLFONDOS S.A. le prometieron condiciones y beneficios muy superiores en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, argumento que una vez haciendo las

simulaciones pensionales en los dos regímenes, se evidencia que la mesada pensional es ostensiblemente superior en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por Colpensiones; que el día 1.° de agosto de 2018, radicó derecho de petición ante COLPENSIONES a fin de solicitar la nulidad del traslado de régimen, y a la fecha no se ha pronunciado con respecto a la solicitud, (fls. 3 y 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 16 de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

COLFONDOS S.A., contestó que no ejercerá oposición a las pretensiones formuladas, allanándose a las mismas; además argumentó, que se abstiene de proponer excepciones de fondo salvo a la pretensión cuarta y quinta, toda vez que las costas procesales comprenden las expensas, de acuerdo al artículo 365 numeral 8.° del Código General del Proceso.

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas por la demandante, por carecer de sustento fáctico y legal; en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas por la demandante; en su defensa, propuso como excepciones, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio, (fls. 90 y 91, 98, 121 a 123).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 4 de marzo de 2020, declaró "ineficaz" el traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1997, condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar en la totalidad los aportes junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración a COLPENSIONES; así mismo, condenó a COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, se condenó en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. (f.° 220).

Argumentó, que de conformidad con la sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, radicado 46292, donde concluyó que en este tipo de casos lo que debe analizarse es el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz; señaló que la Corte adujo para que se entienda, que la afiliación no fue realizada de manera libre y voluntaria, que se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, y a su vez, sus respectivos beneficios; trajo a colación la sentencia ya citada, y dijo frente a la ineficacia del traslado la Corte "*no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho una expresión genérica desde el inicio que haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente, y los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena declarar ineficacias de transito*".

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.° 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, al tratar el grado jurisdiccional de consulta, 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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 4 de agosto de 1961 (f.° 11); ***ii)*** se afilió el 4 de

abril de 1991 a COLPENSIONES, (f.° 22, 103 expediente administrativo); ***iii)*** se trasladó a COLFONDOS S.A. a finales del año 1997(f.° 13); que el 1.° de diciembre de 1999, se trasladó a Davivir, (f.°14); ***iv)*** que actualmente, se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1478.14 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 18 a 21, 134 a 142.

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.° 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.° 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, el 1.° de diciembre de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., (f.° 13, 143), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 18 a 21, y 134 a 142, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes*

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

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

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

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

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

---

[1] CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722
[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

Ahora bien, 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 de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 1.° de diciembre de 1997, y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente, se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

---

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

RESUELVE:

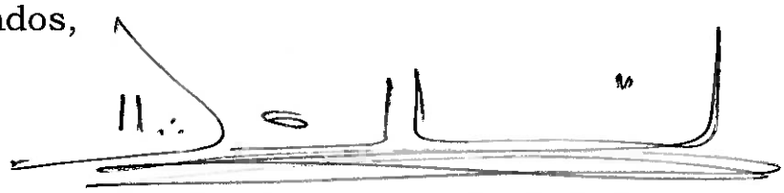
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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 JORGE LÁZARO RUBIO** contra el **BANCO DE LA REPÚBLICA.**

EXP. 11001 31 05 027 2017 00606 01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 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 las parte demandante, contra la sentencia proferida el 22 de mayo de 2020, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que la pensión conciliada entre él y el Banco de la República, es compatible y simultáneamente disfrutable con la pensión de vejez que le reconoció Colpensiones, por tratarse de institutos diferentes de naturaleza jurídica separada. Consecuencialmente, que se ordenara al demandado, incluir en la nómina de pago mensual los valores que reciba de Colpensiones por concepto de su pensión de vejez, sin perjuicio de lo que debe pagar en la pensión conciliada; a indexar las mesadas pensionales no pagadas, y al pago las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que el 19 de agosto de 1968, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el Banco de la República; que el 8 de febrero de 1991, la relación laboral terminó por decisión unilateral de su empleador; que por encontrarse amparado por la garantía de fuero sindical, inició proceso judicial que cursó en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el cual las partes decidieron conciliar, en audiencia celebrada el 15 de septiembre de 1992, y que el acuerdo al que llegaron consistió en el desistimiento del proceso de fuero sindical, a cambio del reconocimiento de una pensión vitalicia de $300.000.00 mensuales, y una suma fija de $5.000.000.00, por parte del demandado.

Sostuvo, que el Banco pagó la pensión acordada hasta el momento en que le fue reconocida una pensión de vejez por Colpensiones; que pese a que dicha pensión fue tramitada por el Banco, la confundió con la pensión indemnizatoria que venía pagando, como quiera que cada mes solo le abona el mayor valor respecto de la pensión de vejez que le paga Colpensiones; que el 3 de

julio de 2017, solicitó la reanudación plena del pago de la pensión conciliada, y que el 17 de julio de 2017, el Banco negó su solicitud.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa reforma, la demanda se admitió el 9 de julio de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 75).

EL BANCO DE LA REPÚBLICA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Adujo, que la pensión de jubilación que le reconoció al actor es compartible, más no compatible, con la reconocida por Colpensiones, por lo que el Banco solo está obligado a pagar el mayor valor existente entre una y otra prestación si lo hubiere.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación pretendida, falta de título y causa, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, prescripción, legalidad de la actuación del Banco, y buena fe. (f.° 76 - 81).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 22 de mayo de 2020, negó las pretensiones de la demanda; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación pretendida, falta de título y causa, y cobro de lo no debido, y condenó al demandante al pago de las costas del proceso, en la suma de $800.000 como agencias el derecho.

Consideró, que el problema jurídico a resolver se centraba en determinar si era compatible la pensión de jubilación reconocida al actor por el Banco de la República, con la pensión de vejez reconocida

por el extinto Instituto de Seguros Sociales.

Indicó, que como en el presente caso el Banco de la República le reconoció la pensión extralegal al actor, el 1.° de agosto de 1992, esto es, con posterioridad al 17 de octubre de 1985, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.° del Decreto 2879 de 1985, solo le correspondía asumir el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el I.S.S. y la que le venía siendo pagada al actor, como quiera que ocurrió el fenómeno de la compartibilidad, y no de la compatibilidad.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que la pensión por conciliación que se le reconoció tuvo por objeto dar por terminado, un proceso de fuero sindical, por lo que nada tiene que ver con las pensiones de jubilación convencionales o reglamentarias que les reconocía la demandada a sus servidores.

Esgrimió, que a la pensión que recibió el trabajador no le es aplicable el Decreto 758 de 1990, que en sus artículos 17 y 18, estableció que el extinto I.S.S. asumiría como compartibles la pensión sanción legal, y las de jubilación legales y extralegales sin ocuparse de otro tipo de pensiones, como la del presente caso.

Finalmente, arguyó que como las pensiones reconocidas al actor por el Banco y por el extinto I.S.S., son de naturaleza jurídica diferente, son compatibles. Por consiguiente, el banco debe mantener el pago de la pensión indemnizatoria, y asumir el pago de la pensión de vejez repitiendo contra Colpensiones.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, verificar si la pensión otorgada al actor por el demandado mediante Acuerdo de Conciliación, es compatible o no, con la pensión otorgada por Colpensiones, para luego determinar si debe reanudarse su pago.

En este asunto, no fue objeto de discusión que: ***i)*** el demandante nació el 23 de abril de 1948, (f.° 100); ***ii)*** que se vinculó al servicio del Banco de la República, entre el 19 de agosto de 1968 y 8 de febrero de 1991, y que el último cargo que ocupó fue el de Supernumerario en la Biblioteca Luís Ángel Arango, como da cuenta la certificación laboral adosada (f.° 7-8); ***iii)*** que el 29 de agosto de 1968, fue afiliado al I.S.S. como trabajador del Banco de la República, el cual efectuó cotizaciones de forma interrumpida, desde el 19 de agosto de 1968 hasta el 9 de febrero de 1991 (f.° 100-105); ***iv)*** que el 15 de septiembre de 1992, el demandante y el Banco suscribieron un acuerdo de conciliación, ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el cual el banco se obligó a reconocerle al actor una pensión mensual vitalicia de jubilación por el valor de $300.000 (f.° 9-13); ***v)*** que el extinto I.S.S., el 26 de junio de 2008, mediante Resolución n.° 02982 de 2009, le reconoció al actor la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del Régimen de Transición, por el valor de $1.973.606 (Expediente Administrativo, archivo n.° 6), ***vi)*** que mediante Resolución n.° 058415 de 2009, se dispuso que a partir del 1.° de diciembre de 2009, la pensión del actor sería de $2.123.446 (f.° 53).

DE LA COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN.

El demandante, solicitó que se estableciera la compatibilidad entre la pensión otorgada mediante acuerdo de conciliación por el Banco de la República, y la pensión de vejez, que le fue reconocida por el extinto I.S.S., como quiera que, según su dicho, a la primera no le es aplicable lo establecido en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, pues no es una pensión convencional o reglamentaria, por lo que le corresponde al banco reconocerle ambas prestaciones.

Al respecto, debe anotarse que, si bien es cierto lo dicho por el demandante de que la pensión reconocida por el Banco de la República no surgió de una convención colectiva, esta si fue otorgada de forma voluntaria, mediante el Acuerdo de Conciliación suscrito el 15 de septiembre de 1992, por lo que si le es aplicable lo establecido en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990.

El referido artículo, dispone que los empleadores que reconozcan a sus trabajadores pensiones de jubilación de forma voluntaria, después del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez, y muerte, hasta cuando los trabajadores cumplan los requisitos exigidos por el I.S.S. para otorgar la pensión de vejez, momento este, en el cual el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, y el empleador únicamente asumirá el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que se le venía cancelando al pensionado, salvo que se hubiese pactado expresamente en el acuerdo que la pensión no sería compartida con el I.S.S.

Sobre la interpretación del artículo precitado, en sentencia SL - 2963 de 2018, nuestro órgano de cierre precisó:

"[...]De tal manera que lo que quiso el legislador fue evitar que para el cubrimiento de un mismo riesgo surgieran concomitantemente dos prestaciones, una de orden extra legal y otra legal, a menos que de manera expresa las partes pactaran lo contrario; y a efecto de asegurarle al titular de éstas el pago de la de mayor cuantía, estableció que si el valor de la que le cancelaba directamente el empleador era superior a la que le reconocería el ISS, mantendría el disfrute de aquella cifra, para lo cual el empresario quedaba obligado a suministrar solamente la diferencia, tipo jurídico que se adecua perfectamente al vocablo «compartibilidad». Ahora bien, en el evento de no quedar suma alguna a cargo del inicial obligado, por ser la pensión de vejez un rubro superior, responde únicamente la entidad de seguridad social, en virtud de la subrogación impuesta legalmente a ella, momento a partir del cual queda exonerado de la obligación el empresario."

Ahora bien, al revisar el Acuerdo de Conciliación suscrito por las partes el 15 de septiembre de 1992 (f.° 9-13), se tiene que sobre la pensión reconocida al actor se estableció lo siguiente:

"1.- El Banco de la República reconocerá al señor Jorge Lázaro Rubio a partir del 1.° de agosto de 1992, a título de conciliación, una pensión mensual vitalicia de jubilación por la cantidad de TRESCIENTOS MIL PESOS ($300.000), con las mismas garantías, condiciones y limitaciones de una pensión plena de jubilación reconocida a favor de los trabajadores del Banco que cumplen con la edad y el tiempo de servicios. Se reajustará de acuerdo con la ley, y se tramitará en caso de fallecimiento del pensionado, todo según la ley".

Es claro entonces, que como en dicho acuerdo no se estableció de forma expresa que la pensión en el reconocida sería compatible con la del I.S.S., pero si se especificó que le serían aplicables todas las garantías, condiciones y limitaciones de una pensión de jubilación reconocida por el Banco a sus trabajadores, como lo sería lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, al banco únicamente le corresponde reconocer el mayor valor entre la pensión otorgada por el extinto I.S.S., y la que venía cancelando al pensionado.

El reconocimiento del mayor valor, ha sido efectuado por el banco desde el 1.° de diciembre de 2009, así como el reconocimiento de la mesada 14, como da cuenta la certificación expedida por el Departamento de Servicios de Gestión Humana del Banco de la República, en donde además se indica que, el demandante es pensionado del Banco desde el 9 de febrero de 1991, y que las pensiones otorgadas por el a sus trabajadores son plenamente compartibles con las de vejez, invalidez, y sobrevivientes que otorga Colpensiones en los términos del Decreto 758 de 1990 (f.° 51-52). En consecuencia, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

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,

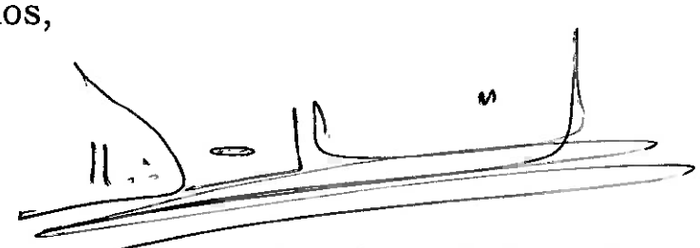
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de mayo de 2020, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

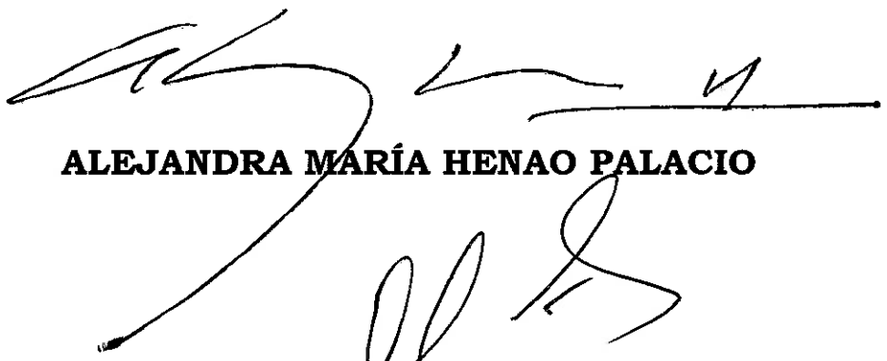
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo del demandante.

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 **CLARA GAVIRIA DE MONTOYA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A.** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **027 2018 00360** 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 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 la demandante respecto de la sentencia proferida el 5 de agosto de 2020, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado a fondo privado de pensiones y cesantías HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 2 de octubre de 1998; así mismo, que se declare la nulidad del traslado efectuado a OLD MUTUAL S.A., el día 19 de noviembre de 2003, por no brindar información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema pensional, COLPENSIONES debe reconocer en el régimen de transición, y se condenen a las demandadas en costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 17 de enero de 1945; se trasladó a PORVENIR S.A. el 2 de octubre de 1998; afirmó, que posteriormente se trasladó a OLD MUTUAL S.A. el 19 de noviembre del 2003, quien debe demostrar que cumplieron con el deber de ofrecerle la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional. Que se trasladó nuevamente al régimen de prima media con prestación definida desde el 1.° de abril del 2009, lo cual fue confirmado por COLPENSIONES, a través de la certificación del 6 de junio del 2018; argumentó, que COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez mediante la Resolución n.° SUB 32318 del 7 de abril de 2017; expresó que mediante fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá–Sala Laboral, el 2 de noviembre de 2016, modificó parcialmente el fallo proferido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, al ordenar el cambio de la fecha de reconocimiento.

Adujo además, que la pensión de vejez fue reconocida a partir del 1.° de septiembre del 2010; así las cosas, a la fecha de entrada de la vigencia del sistema general de pensiones, 1.° de abril de 1994, la

demandante cumplía con las de 35 años de edad; igualmente, que cumplía con las 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, ya que tenía cotizadas un total de 923 semanas cotizadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de agosto de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

COLPENSIONES, contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones propuestas por carecer de sustento factico y legal, argumenta que no es procedente se declare la nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual toda vez que Colpensiones concedió pensión de vejez a través de resolución SUB 32318 del 7 de abril del 2007, por órdenes del Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá y modificado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por lo que no es procedente al reconocimiento de prestación pensional como consecuencia de nulidad el traslado pretendido, implicaría la modificación de una decisión judicial y la entidad no tiene dichas facultades.

En su defensa, propuso como excepciones, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, la prescripción e innominada o genérica, (f.° 44 al 54).

OLD MUTUAL S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de fundamentación fáctica, legal y probatoria, replicó que la afiliación que ocasionó el traslado de régimen de la parte demandante fue la realizada al fondo de pensión HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., siendo entonces la A.F.P. PORVENIR S.A., la encargada de brindar asesoría a la parte demandante respecto a las consecuencias de dicho cambio de

régimen. La afiliación de la parte demandante a OLD MUTUAL S.A., obedeció a un traslado entre administradoras, pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En su defensa, propuso como excepciones falta de legitimación, prescripción, no existe prueba de causal de nulidad alguna, cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, inaplicabilidad legal, cobro de lo no debido, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, buena fe y ausencia de vicios del consentimiento, (f.° 83 a 96).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas por la demandante, dijo que no se configura vicio en el consentimiento, ya que la demandante lo hizo en forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios; además, que no se hizo en contra de una prohibición legal, y si por el contrario, se dio cumplimiento al periodo mínimo de permanencia que la afiliada debería tener en la A.F.P. anterior, dijo que resulta extraño que después de 16 años de haberse trasladado al R.A.I.S. aduzca que la asesoría brindada por PORVENIR S.A. carece de información.

En su defensa, propuso como excepciones, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica, (f.° 121 a 127).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia

del 5 de agosto de 2020, negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora CLARA GAVIRIA DE MONTOYA, y absolvió de las mismas a COLPENSIONES, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por la entidad demandada, condenó a la demandante al pago de las costas del proceso en suma de $800.000 como agencias en derecho.

En lo que interesa a la alzada, consideró que de acuerdo con la Ley 100 de 1993, y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia, donde aquellas personas que eran beneficiarias del régimen de transición lo perdieron ante el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, solo lo recuperaron quienes habiendo retornado al régimen de prima media con prestación definida completaron un mínimo de 750 semanas cotizadas o su equivalente, en el tiempo de servicios al 1.° de abril de 1994.

Que en el caso que se ocupa, la demándate perdió el derecho que le otorgaba la Ley 100 de 1993, al trasladarse al régimen de ahorro individual en tal año, una vez se percató el error que cometió volvió a COLPENSIONES para seguir en el régimen de prima media, por tanto, es inadmisible el buscar la jurisdicción para anulación de las afiliaciones cuando ya la entidad de Colpensiones le otorgó su derecho a la pensión de vejez de acuerdo a la Resolución SUB 32318 del 7 de abril del 2017.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

Consideró, que es injusto e ilegal el hecho de que su poderdante perdiera el régimen de transición al haberse pasado a un fondo privado el cual le dio una información que no fue correcta, no fue suficiente, adecuada y oportuna en su momento, alegando además vicios de consentimiento, y que por esta razón, se retornó nuevamente a COLPENSIONES y pidió su pensión; que cuando pide su pensión de vejez, COLPENSIONES lo que hace es sancionarla, y cuando la sanciona, obviamente le quita su régimen de transición al que tenía derecho, y que por edad, tenía más de los 35 años al 1.° de abril de 1994. Argumentó el hecho de que hayan desvinculado a los demás fondos privados, porque dejó al proceso sin armas y sin herramientas.

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.° CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 17 de enero de 1945 (f.° 10); ***ii)*** se afilió el 10 de junio de 1976, a COLPENSIONES, cotizó 347.97 al 1.° de abril de 1994 (f.° 30 a 34 y 56 a 64 expediente administrativo); ***iii)*** que el 2 de octubre de 1998, se trasladó a PORVENIR S.A. y el 19 de noviembre de 2003, a OLD MUTUAL S.A. (f.° 11-12); ***iv)*** a través de un fallo de tutela, el Juez 35 Penal Municipal de Bogotá, el 16 de mayo de 2008, le concedió autorizar el traslado del R.A.I.S. al R.P.M.P.D. de la aquí demandante, (f.° 152 a 157); ***v)*** en cumplimiento de un fallo judicial emanado por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez, por medio de la Resolución n.° 32318 del 7 de abril de 2017, pensión que fue pagada con su respectivo retroactivo, y actualmente es pensionada de dicha entidad, (f.° 16 a 20).

De conformidad con el documento de folios 11 a 13, que corresponde a la solicitud de vinculación, la demandante se afilió a la A.F.P. HORIZONTE Pensiones y Cesantías, hoy PORVENIR S.A. el 2 de octubre de 1998, y posteriormente, a OLD MUTUAL S.A., el 19 de noviembre de 2003. Estos formularios no demuestran por sí sólo, que en ese momento la aprobación de la actora estuviera afectado por

uno de los vicios del consentimiento. Si bien la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado; esa misma jurisprudencia, indica que dicho formulario acredita el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero sí prueba, a lo sumo, el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

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

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

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

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

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

En relación con el error de derecho cabe acotar que se refiere, según la definición doctrinal, "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*" [1], esto es, recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrean a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y este tipo de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

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

Respecto a que la ignorancia de la ley, no es excusa, ya lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-401/16, cuando indicó que: "*debido a que todo afiliado al régimen de prima media con prestación*

---

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

definida debe saber que requiere cotizar mínimo 1.300 semanas para tener derecho a una pensión de vejez -la ignorancia de ley no sirve de excusa-." Colpensiones no debía señalar en los reportes cuantas semanas le faltaban al afiliado para cumplir las exigidas para adquirir el derecho; y esto es relevante, porque dicho artículo 9.°, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política, que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes. De tal manera, que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

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

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

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

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

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

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

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

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta

contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...".

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

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores como se indican en las sentencias que declaran la ineficacia o nulidad del acto de traslado, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo permite el retorno al régimen de prima media del afiliado que se trasladó de régimen cuando cotizó 15 años o más al sistema antes del 1.° de abril de 1994, pero resaltándose, como atrás se dijo, que el demandante conocía perfectamente el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que descarta que las demandadas hubieran violentado su eventual derecho a obtener una pensión el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Ahora bien, por todo lo anteriormente explicado, no hay duda que cualquier deficiencia en la información por parte de Administradoras de pensiones demandadas (A.F.P. HORIZONTE Pensiones y Cesantías, hoy PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.), quedó subsanada desde el momento en que la demandante aceptó el reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES; pues, está claro que a través de un fallo de tutela, el Juez 35 Penal

Municipal de Bogotá, el 16 de mayo de 2008, le concedió autorizar el traslado de la aquí demandante, del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que en cumplimiento de un fallo judicial emanado por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, quien le reconoció una pensión de vejez, a través de la Resolución n.° 32318 del 7 de abril de 2017, hecho que es pacíficamente aceptado por las partes.

Así las cosas, una decisión contraria a la emitida por el juez de primera instancia vulneraría los principios de solidaridad propio del régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1.° de 2005. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

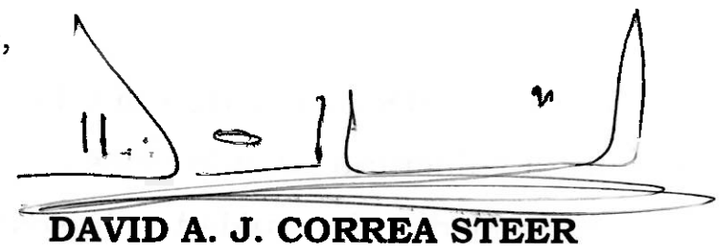
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de agosto de 2020, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

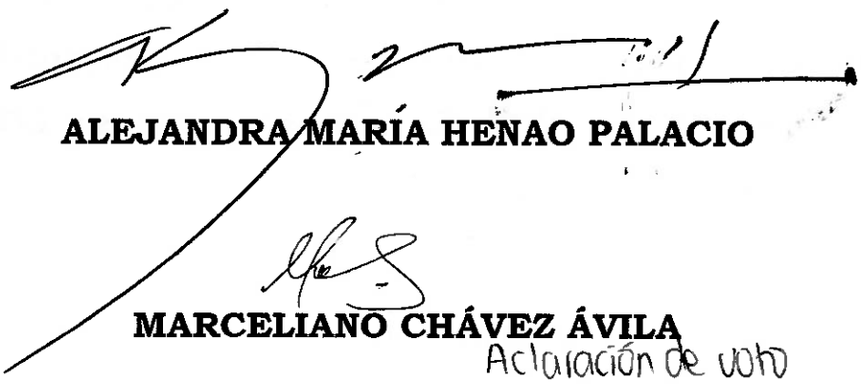
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Aclaración de voto

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad- 11001 3105 027 2018 00360 01 Proceso: Ordinario Laboral DTE: CLARA GAVIRIA DE MONTOYA DDA: COLPENSIONES Y OTROS. Fallo Marzo 24 de 2021.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, si bien comparto la decisión de confirmar el fallo absolutorio, me permito aclarar mi voto en el presente asunto por los siguientes motivos:

1. En los asuntos referentes a la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensiones, que como en presente caso se solicitan por una persona a quien ya le fue reconocida su pensión de vejez, si bien pueden darse las condiciones para su declaratoria ante la falta de acreditación por parte del Fondo demandado del cumplimiento de su deber de información, no es acceder a lo pretendido, en atención a que cuentan con una situación jurídica consolidada en el régimen cuyo traslado se pretende, sin que sea razonable desconocer o retrotraer la calidad de pensionado.

2. Lo anterior, como quiera que el traslado requerido se encamina al reconocimiento y pago de su pensión de vejez, por lo que no resulta lógico pretender únicamente la nulidad de traslado, sin que de igual forma se solicita la nulidad del reconocimiento de la prestación que viene disfrutando.

3. En tal sentida se ha pronunciado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373 de 2021, en la que expresamente se indicó:

"Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)[1], lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a

[1] SL1688-2019, SL3464-2019

múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto."

En los anteriores términos aclaro mi voto en este caso.

Fecha ut supra,

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LIDA CONSTANZA LÓPEZ ROJAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **028 2019 00353** 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última, contra la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la anulación por ineficacia de su afiliación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por la omisión de PORVENIR S.A. de su deber profesional de información; como consecuencia de lo anterior, se ordene su traslado y afiliación a COLPENSIONES, como si nunca se hubiese ido del R.P.M.P.D.; se ordene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos causados, gastos de administración o cualquier otro concepto; que en caso de haberse otorgado pensión previo a proferir sentencia, se condene a COLFONDOS S.A., a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados por el Fondo, todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional, y sea incluido en nómina de pensionados por éste; finalmente, que se condene en costas a los demandados.

Para el efecto, manifestó que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 5 de febrero de 1986; que como consecuencia de la publicidad de los fondos privados de pensiones, el 21 de noviembre de 1997, se trasladó del R.P.M.P.D. al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A.; que ésta A.F.P. no le entregó información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el R.A.I.S. versus las consecuencias negativas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliada, ni sobre las características, condiciones y requisitos de éste régimen pensional. Señaló que, posteriormente se trasladó a la A.F.P. COLFONDOS S.A., donde actualmente se encuentra afiliada.

Señaló, que reclamó administrativamente a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y a COLPENSIONES, solicitando la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada por cada entidad (f.° 2-37).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 17 de junio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.° 244).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que las mismas son inapropiadas y desacertadas, pues el origen de la demanda no es la falta de información, sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibiría la demandante en cada régimen; sumado a que, el actuar de la actora afecta, vulnera, sobrecarga el R.P.M.P.D., y se aprovecha de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados de buena fe que hacen parte de este régimen.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica (f.° 258-268).

COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que, la vinculación de la demandante a ésta A.F.P. se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos, por cuanto la demandante, de manera libre y voluntaria, en uso de sus facultades

legales y en ejercicio de la libertad de afiliación establecida en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, resolvió afiliarse al R.A.I.S. y someterse a todas las características y exigencias de este régimen, sumado a que no existió vicio del consentimiento, ni ocultamientos de información que determinen la nulidad.

Formuló como excepciones de mérito, las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica (f.° 306-322).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, en la medida la afiliación efectuada al R.A.I.S. es válida, sumado a que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad. Indicó, que no es posible solicitar dicha nulidad invocando un requisito que no existía para la fecha del traslado, ya que el deber de asesorar al potencial afiliado nació sólo hasta 2014, por lo que, para el momento del traslado, ésta A.F.P. no incumplió ningún deber profesional.

Propuso las excepciones de fondo, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (f.° 332 - 347).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.° 245).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 10 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al R.A.I.S. el 21 de noviembre de 1997, por intermedio de la A.F.P. PORVENIR S.A., y en consecuencia, declaró como afiliación válida la del R.P.M. administrado por COLPENSIONES; por lo anterior, 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, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el R.P.M. y a actualizar su historia laboral; finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y las condenó en costas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLFONDOS S.A.,** interpuso recurso de apelación parcial, para que sea revocada la condena impuesta por concepto de la devolución de gastos de administración, de la garantía de pensión mínima y gastos de prima aseguradora, toda vez que dicho descuento se realizó por disposición legal de conformidad con el Artículo 1.° del Decreto 4982 de 2007; razón por la cual, dichos recursos no están en poder de ésta A.F.P.

Sumado a lo anterior, adujo que en la fijación del litigio no se estableció la devolución de dineros que estuvieran en poder de terceros, quienes no fueron vinculados al proceso, violando su derecho de defensa y contradicción.

La demandada **COLPENSIONES,** interpuso recurso de apelación para que la sentencia de primera instancia fuese revocada en su totalidad, toda vez que se configuró el "fenómeno jurídico de la ratificación de perfección al acto de ineficaz", de conformidad con el artículo 898 del Código de Comercio y la Sentencia CSJ SL413 de 2018.

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.° 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 entidades demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 22 de mayo de 1965 (f.° 95); ***ii)*** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 5 de febrero de 1986 (f.° 50); ***iii)*** que al 1.° de abril de 1994, tenía 107.31 semanas cotizadas al R.P.M.P.D.; ***iv)*** y que el 21 de noviembre de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.° 78), y que, el 4 de mayo de 2001, se trasladó a COLFONDOS S.A., 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.° 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.° 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 folios 67 y 78, se avizoran los formularios que la demandante suscribió con la A.F.P. COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., respectivamente, los cuales, si bien refieren 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

[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, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

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

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

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

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

Por todo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. PORVENIR S.A. el 21 de noviembre de 1997, y a COLFONDOS S.A. el 4 de mayo de 2001, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

---

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

RESUELVE:

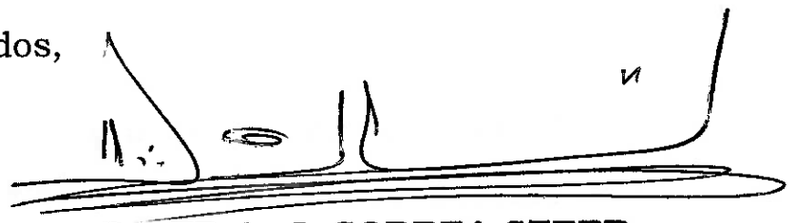
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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 **ANGELA MARÍA ARIAS MARTÍNEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A**.

EXP. 11001 31 05 **028 2019 00215** 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 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 la demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 1.° de septiembre de 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación y del traslado efectuado a COLFONDOS S.A. el 2 de enero de 1996, por existir un engaño, debido a falta de información verdadera, eficaz, completa y engaños; en consecuencia, Colpensiones debe aceptar el traslado o regreso al régimen de prima media con prestación definida, y se condene a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 13 de junio de 1964; se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales, el 1.° de octubre de 1991, para efectos de realizar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, el día 2 de enero de 1996, efectuó el cambio de régimen trasladándose del entonces I.S.S. a COLFONDOS S.A., argumentó que al momento de la afiliación no hubo un asesoramiento con información verdadera, eficaz y completa, en relación a la forma, tiempo y monto de la mesada pensional que se recibiría al momento de querer pensionarse por parte de COLFONDOS S.A., que nunca le informaron cual sería el capital necesario para ser beneficiaria de la pensión de vejez, ni cuales serían los requisitos que debía cumplir para obtener la garantía de la pensión mínima, si no reunía el capital necesario para ser beneficiaria de la pensión de vejez.

Agregó, que sin tener conocimiento de los beneficios o de los detrimentos que tendría se afilió y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- administrada por COLFONDOS S.A., le prometieron que se podía pensionar antes de cumplir la edad

legal y que la mesada pensional sería superior, el 11 de septiembre de 2018, envió derecho de petición a COLPENSIONES al solicitar el traslado del régimen pensional, el mismo día, se dio respuesta al derecho de petición en donde le indicaban que no era posible acceder a dicha solicitud ya que se encontraba dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional.

Afirmó, que el 19 de septiembre de 2018, envío derecho de petición a COLFONDOS S.A. donde pidió el traslado al régimen pensional, teniendo respuesta el día 10 de octubre de 2018, donde se le indicó que no era posible acceder a la solicitud. (f.° 4-9).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 17 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 57).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a la prosperidad de las declaraciones y condenas alegadas, por carecer de fundamento factico y jurídico, ya que argumenta que si se le brindo a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad en el cual venia afiliado; además de darle a conocer toda la información necesaria respecto de la forma como se construyen las pensiones en el régimen de ahorro individual, y se le dijo, sobre los parámetros propios de dicho régimen para el cálculo de las prestaciones económicas en lo que respecta a la pensión de vejez, y las diferencias de la pensión en el régimen de prima media con prestación definida.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, (f.° 86-117).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tanto declarativas, como condenatorias, ya que no están dirigidas a esta; en su defensa, propuso como excepciones de fondo la falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe e innominada o genérica, (f.° 123-134).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 1.° de septiembre de 2020, declaró "nula" el traslado de régimen pensional al R.A.I.S. efectuado el 2 de enero de 1996, por intermedio de la A.F.P. COLFONDOS S.A.; y en consecuencia, declaró como afiliación valida la del Régimen de prima media con prestación definida 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, seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual de la

demandante a COLPENSIONES, 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, condenó en costas a las dos entidades demandadas señalándose como agencias en derecho la suma de $300.000 y a favor de la demandante. (f.° 150).

Argumentó, cada una de las circunstancias como se hizo el ofrecimiento a la demandante, las condiciones en que se le otorgó el traslado del régimen, si se le brindó una información veraz y oportuna, frente a las implicaciones del mismo, y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviera debidamente informado, y así es mejor escoger el que me le conviniera en efecto la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre el tema, ha sido pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo el afiliado se requiere que la administradora de ahorro individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional.

Además, dijo que bajo el criterio de transparencia que se resalte no sólo los favorables sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, e incluso si fuera el caso el desanimar al interesado en tomar una decisión que perjudique sus intereses y que la omisión en dicha obligación de información trae como consecuencia la nulidad del traslado, tal como se señaló en las sentencias SL 12136 de 2014, y más recientemente, en las sentencias 1421, 1452, 1688 y 1689 todas del año 2019.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que con la figura de la ineficacia se evidenció, que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que supieran sobre su intención o inconformidad de pertenecer a la A.F.P., toda vez que a la fecha, y con la gran densidad de los años, no se denota que las alegadas falencias, engaños y faltas de información, sean contrarias al perfeccionamiento, pues no se puede concluir bajo máximas de experiencias, que existe una acción eficaz cuantificable en años décadas, y percatarse de ellos, son los transportes de la pensión de vejez; lo anterior, bajo el sustento de las reiteradas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la SL 413 de 2018, y los artículos 898 el Código de Comercio, sobre la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las unidades perfeccionará el acto existente. Igualmente, con los artículos 1752 y 1754 del Código Civil respecto a la ratificación expresa y tácita que puede sanear la nulidad, así como el artículo 1604 Código Civil, donde se ratificó que la prueba de la diligencia o cuidado, ha debido emplearlas, teniéndose en cuenta también el artículo relacionado con el Decreto 2242 de 2010, artículo 4.°, numeral 5.°, respecto que el silencio del afiliado se tiene como una decisión consciente con los efectos legales construcciones y más consecuencias que ello conlleve.

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.° 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 demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar a ordenar a COLFONDOS S.A. el traslado de la totalidad de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 13 de junio de 1964 (f.° 19, 20); ***ii)*** se vinculó al Instituto de Seguros Sociales, desde el día 1.° de octubre de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1995, donde cotizó un total de 203.14 (f.° 38-41); ***iii)*** que el 2 de enero de 1996, se trasladó COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de febrero de 1996, y actualmente

se encuentra vinculada a esa entidad, con un total de 1184.71 semanas cotizadas al 23 de febrero de 2019, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 27 a 32 y la certificación de f.°34 a 37.

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.° 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.° 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, el 2 de enero de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., (f.° 36, 37), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*[1]

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, 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*

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

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver 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.

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

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 2 de enero de 1996, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1.° de septiembre de 2020, por el Juzgado 28 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 **MARLENE RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **029 2019 00532** 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 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, respecto de la sentencia proferida el 1.° de julio de 2020, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a PROTECCIÓN S.A., en septiembre de 1999, debido a la falta de asesoría profesional, por falta de información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta; que se declare como afiliación valida al sistema general de pensiones la efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, que se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados al régimen de ahorro individual con solidaridad; en consecuencia, COLPENSIONES debe contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 3 de marzo de 1961; que se afilió al sistema general de pensiones el 14 de noviembre de 1984, cotizando a Colpensiones; argumentó que en septiembre de 1999, y estando bajo el empleador Ferretería Internacional de Hierros LTDA, se afilia al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A.; arguyó, que no fue asesorada, ni informada por la administradora de fondos privada respecto de las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este régimen, y en general, las implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen de pensiones.

Agregó, que se realizó una proyección de la mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad; sumó, que el día 27 de mayo de 2019, se radicó ante COLPENSIONES un derecho de petición solicitándose la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional; así mismo, el 29 de mayo de 2019, se solicitó ante PROTECCIÓN S.A. la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como el traslado de los valores aportados con destino a COLPENSIONES; adujo que el día 31 de mayo de 2019, COLPENSIONES atendió la petición dando respuesta negativa, y el día 8 de julio de 2019, PROTECCIÓN S.A. negó la solicitud de nulidad de traslado o ineficacia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 4 de septiembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones ya que ninguna de estas están llamadas a prosperar por carecer de sustento factico y legal ya que se desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las que la demandante efectuó el traslado del R.P.M.P.D. al R.A.I.S. a PROTECCIÓN S.A.; además, porque el traslado realizado por la parte actora se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal B) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido.

En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y titulo para pedir, cobro de no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a cada una de las pretensiones, y en especial, a que se declare la nulidad del traslado de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por PROTECCIÓN S.A. el día 27 de julio de 1999, toda vez que nos encontramos frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: 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.

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 1.° de julio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandada PROTECCIÓN S.A. suscrita el 1.° de septiembre de 1999; en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, ordenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se concede el termino de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia, ordenó a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN

S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral, no se condenó en costas. (f.° 163-164).

Argumentó, que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una línea jurisprudencial a partir del año 2008, con la sentencia 31989, línea jurisprudencial que se ha mantenido hasta nuestros días con las sentencias que resumen toda esta línea como por ejemplo, la 68852 de 2019, donde ha sostenido al estudiar todos estos problemas, y todos estos procesos, que se han instaurado precisamente porque los afiliados consideraban que al momento de su traslado de régimen no se les dio la información pertinente respecto de las características de cada uno de los regímenes.

Igualmente dijo, que se vieron afectados específicamente porque con el monto de su pensión, comienza por indicar que desde la misma expedición de la Ley 100 de 1993, existía el deber de información, y que ese deber de información tenía como consecuencia la ilustración de las características, condiciones, accesos, defectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; igualmente señaló, que la corte ha manifestado, que con el paso del tiempo se han venido aumentando las obligaciones a los diferentes fondos administradores de pensiones respecto de los deberes que tienen con sus afiliados, señalándose que el deber de información se pasó a deber de asesoría y buen consejo, y finalmente con la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, se reglamentó todo lo concerniente a la doble asesoría.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La decisión no fue apelada por ninguna de las partes, se surte grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.° 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 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al tratar el grado jurisdiccional de consulta, 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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 3 de marzo de 1961 (f.° 4); ***ii)*** se afilió a

Colpensiones el 14 de noviembre de 1984 hasta el 31 de agosto de 1999, cotizando a la fecha un total de 723 semanas (f.° 14 a 19, 102 expediente administrativo); ***iii)*** en septiembre de 1999, se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. (f.° 5 a 13, 34, 118 a 135), 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.° 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.° 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, el 1.° de septiembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., (f.° 34, 118), 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 de COLPENSIONES a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 1.° de septiembre de 1999, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y 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 1.° de julio de 2020, por el Juzgado 29 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,

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 **NUBIA CUSTODIA NUÑEZ LÓPEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 **029 2019 00607** 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 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, respecto de la sentencia proferida el 1.° de septiembre de 2020, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado a COLFONDOS S.A., el 21 de febrero de 2000, debido a información falsa, omisiva y oculta; en consecuencia, dicha entidad debe devolver a COLPENSIONES todo el dinero recaudado por concepto de cotizaciones y aportes, sin descuentos de ninguna especie, y en su defecto, condenar a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez desde el 1.° de mayo de 2018, en cuantía que corresponda a la tasa de reemplazo del I.B.L., de los últimos 20 años o de toda la vida laboral, condenar a COLFONDOS S.A. en costas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de mayo de 1961; cotizó a COLPENSIONES desde el mes de abril de 1985, en su condición de empleado dependiente; posteriormente, firmó un formulario para trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A.; agregó, que para ese momento no le prestaron ningún tipo de asesoría, que le dieron una información falsa, omisiva y oculta; además, de no advertirle las consecuencias, ventajas y desventajas del R.A.I.S., que incidió para que se cambiara del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, (f.° 38-40).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 30 de septiembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 47-49).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que carecen de sustento fáctico y legal, dado que el traslado realizado por la parte actora a la A.F.P., se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal B) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido. En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y titulo para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción, (f.° 54-57).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, debido a que si se le brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa, respecto de todas las implicaciones de su decisión al trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el R.A.I.S. y el régimen de prima media con prestación definida, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, 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 y compensación y pago. (f.° 66-79).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 1.° de septiembre de 2020, declaró ineficaz el traslado del régimen pensional realizado ante COLFONDOS S.A.; en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, ordenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se concede el termino de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia, ordenó a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar historia laboral, y no se condenó en costas a ninguna de las partes. (f.° 82-83).

Argumentó, que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una línea jurisprudencial a partir del año 2008, con la sentencia 31989, línea jurisprudencial que se ha mantenido hasta nuestros días con las sentencias que resumen toda esta línea como por ejemplo, la 68852 de 2019, donde ha sostenido al estudiar todos estos problemas, y todos estos procesos, que se han instaurado precisamente porque los afiliados consideraban que al momento de su traslado de régimen no se les dio la información pertinente respecto de las características de cada uno de los regímenes, y que se vieron afectados específicamente porque con el monto de su pensión, comienza por indicar que desde la misma expedición de la Ley 100 de 1993, existía el deber de información, y que ese deber de información tenía como consecuencia la ilustración de las características, condiciones, accesos, defectos y riesgos de cada uno de los regímenes

pensionales; igualmente señaló, que la corte ha manifestado, que con el paso del tiempo se han venido aumentando las obligaciones a los diferentes fondos administradores de pensiones respecto de los deberes que tienen con sus afiliados, señalándose que el deber de información se pasó a deber de asesoría y buen consejo, y finalmente con la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, se reglamentó todo lo concerniente a la doble asesoría.

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.° 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, al tratar el grado jurisdiccional de consulta, 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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 30 de mayo de 1961 (f.° 12); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES desde abril de 1985, un total de 811,71 semanas (f.° 62 expediente administrativo); ***iii)*** que el 21 de febrero de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. (f.° 3 a 5).

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.° 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.° 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, el 21 de diciembre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., (f.° 3 a 5), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[1] CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722
[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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 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 de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 21 de febrero de 2000, con efectividad a partir del 1.° de abril de 2000, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

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

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

RESUELVE:

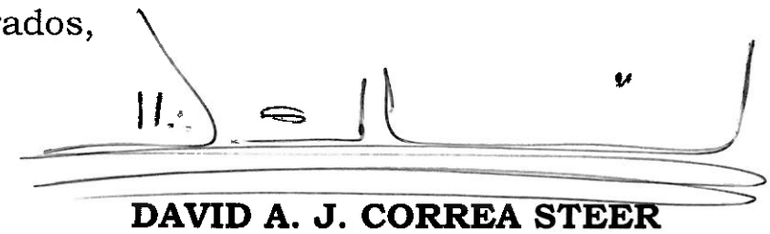
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1.° de septiembre de 2020, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

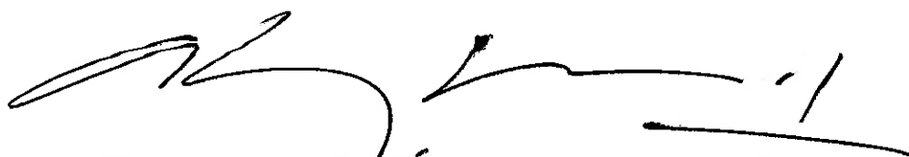
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 **MARLENNE ARANDA CASTILLO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **PORVENIR S.A**.

EXP. 11001 31 05 **030 2018 00262 01** 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 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 17 de julio de 2020, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad al traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a PORVENIR S.A., el 20 de octubre de 1998, que se declare que COLPENSIONES es la entidad a la cual se encuentra afiliada legalmente; en consecuencia, condenar a PORVENIR S.A. a registrar en su sistema de información que no se efectuó ninguna vinculación valida a dicha administradora, al igual que condenar a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación, igualmente que esta actualice en la historia laboral las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Condenar a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de junio de 1965; realizó aportes en CAJANAL, entre el 2 de julio de 1987 y el 20 de octubre de 1998, y posteriormente, a PORVENIR S.A. desde el 21 de octubre de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2017, que los asesores de la administradora omitieron dar información clara, completa, y veraz sobre la forma como se edificaba el derecho pensional, tanto en el régimen de prima media, como en el de ahorro individual; y así mismo, no se le ilustró sobre los distintos escenarios comparativos.

Agregó, que el día 19 de septiembre de 2017, solicito a Porvenir S.A. la anulación de la afiliación, la cual el día 6 de octubre de esa anualidad, el fondo de pensiones emitió un pronunciamiento negándose a lo solicitado. (f.° 98-103).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de junio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 119).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las y en su defensa propuso como excepciones de mérito, las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y titulo para pedir. (f.° 129-134).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones dado que dicha afiliación tiene validez, toda vez que no se configuró vicio en el consentimiento puesto que la demandante suscribió el formulario de forma libre y voluntaria.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (f.° 178-185).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 17 de julio de 2020, declaró nula e ineficaz el traslado de régimen pensional de la entonces Caja Nacional de Previsión social "CAJANAL" a PORVENIR S.A. efectuado en octubre de 1998 y posterior traslado a HORIZONTE S.A. el cual se fusionó con PORVENIR S.A. en el año

2003, por lo que declaró válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados, durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad los cuales debe asumir su propio patrimonio, ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual actualice la información en su historia laboral, declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, condenó en costas a PORVENIR a favor de la demandante, sin costas a favor, ni en contra de COLPENSIONES. (f.° 229-230).

Argumentó, que de acuerdo con lo expuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dicho que sin importar si están o no en el régimen de transición, los futuros afiliados las entidades encargadas de la dirección y funcionamiento deben garantizar que existió una decisión informada, que esta fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, y los beneficios que aquel traslado le reportaría; así mismo, adujo que debía explicar el cambio de un régimen a otro, porque es obligación de las administradoras de los fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente de los efectos que acarrea el cambio bajo los parámetros de la famosa libertad informada, a partir de eso, se habló de esa teoría del consentimiento debidamente informado, donde hay varias sentencias, pero hay una de especial importancia que se dictó el 3 de septiembre del 2014, dentro del radicado 46292, donde se habló del tema también de la ineficacia del traslado; a partir de esta sentencia, se vino a hablar de este tema de la ineficacia, toda vez que la nulidad debe ser declarada

oficialmente, y la misma opera en pleno derecho, pero la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha venido estudiando este tema de la ineficacia, y ha dicho que ahora existe una ineficacia especial, es decir, aquella que consagró el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dejó claro también que la Corte ha venido trabajando el tema de la carga dinámica de la prueba.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., apeló con el argumento de que la información suministrada a los afiliados al R.A.I.S., se encuentra acorde con las disposiciones legales, y por la vigilancia y control que sobre ella se ejerce la Superintendencia Financiera, por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizan las vinculaciones de los afiliados no son caprichosas, tampoco lo son así las formas en las cuales se reconocen y pagan las prestaciones en uno u otro régimen, toda vez que los resultados de dichas disposiciones que regulan al R.A.I.S. en régimen de prima media.

Por lo que a su vez, las instrucciones que ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia, no se debe dejar que se concluya el proceso que la demandante además de estar consciente todo el tiempo de su decisión de mantenerse en el R.A.I.S., está conforme por la misma, pues ella no ejerció su derecho al traslado nuevamente cuando aún se encontraba posibilitada para ello, circunstancia que a la fecha es absolutamente imprevisible y totalmente imposible para el momento en el cual se presenta esta demanda; además resaltó, que el error de hecho señalado en el artículo 1510 del Código Civil, solo y sin consentimiento, se observa en cuanto a la especie del acto o contrato, así como también, sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen cometidos en

el contrato celebrado entre la accionante y la entidad, ya que la demandante si pretendió afiliarse al fondo de pensiones perteneciente al régimen de ahorro individual con solidaridad, y respecto de esto, correspondientemente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, en la cual se debe tener en cuenta que no es posible que se declare esta ineficacia de traslado, sin tener en cuenta lo manifestado en el literal B) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que evita la descapitalización del fondo común del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 27 de junio de 1965 (f.°2); ***ii)*** cotizó a la extinta CAJANAL E.I.C.E entre el 2 de julio de 1987 hasta el 20 de octubre de 1998, 394.43 semanas (f.° 11 a 17); ***iii)*** que el 20 de octubre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 21 de octubre de 1998 (f.° 73 y 186), y que actualmente se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., con un total de 1381.57 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 11 a 71, y la certificación de f.° 72.

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.° 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.° 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, el 20 de octubre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 21 de octubre de 1998, (f.° 73 y 186), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

[1] CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722
[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

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

Ahora bien, 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 de COLPENSIONES a la A.F.P. PORVENIR S.A., el 20 de octubre de 1998, con fecha de efectividad desde 21 de octubre 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.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

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

RESUELVE:

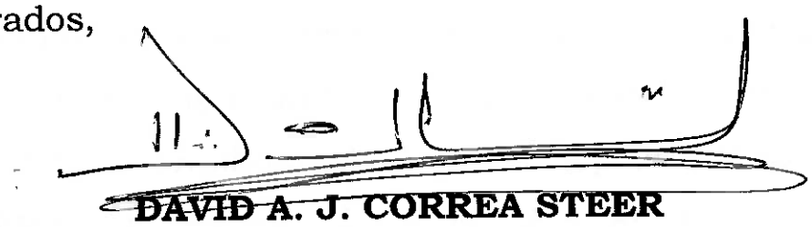
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2020, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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 **ANTONIO LUÍS ROSADO LÓPEZ** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-U.G.P.P.**

EXP. 11001 31 05 **030 2019 00009 01**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 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, contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de marzo de 1979 hasta el 27 de junio de 1999, y que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, suscrita el 15 de abril de 1999, entre su empleadora y el sindicato "SINTRACREDITARIO". Consecuencialmente, que se condenara a la U.G.P.P. a reconocerle el pago de la pensión de jubilación convencional contenida en el artículo 41, parágrafos n.° 1 y 3 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, desde el 21 de enero de 2013, data en la que cumplió 55 años de edad, y a reconocerle la pensión de jubilación convencional indexada, y con los respectivos ajustes legales a partir del 21 de enero de 2013.

Sustentó sus pretensiones, en que laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 21 de marzo de 1979 hasta el 27 de junio de 1999, para un total de 20 años, 3 meses y 7 días laborados; que su último cargo fue el de Cajero Principal I, grado 03, en la oficina de Villanueva-Guajira, y que el último salario que devengó fue de $1.225.853.

Sostuvo, que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, como quiera que se hallaba vigente al momento de su despido, y que actualmente, la U.G.P.P. es quien tiene la función de reconocerle la pensión, por lo que el día 8 de noviembre de 2018, elevó solicitud de pensión convencional ante dicha entidad, pero que ésta le fue negada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa reforma, la demanda se admitió el 5 de abril de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 120).

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-U.G.P.P., se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Adujo, que los acuerdos celebrados en los cuales se establecieron beneficios pensionales permanecieron vigentes hasta el 31 de julio de 2010, por lo que no es procedente reconocerle la pensión solicitada al demandante.

Propuso las excepciones de ausencia de fundamentos jurídicos, prescripción, buena fe, y de que a partir del Acto Legislativo n.° 01 de 2005, las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones, y de conformidad con las leyes de del Sistema de Seguridad Social en Pensiones (f.° 121 - 130).

LA AGENCIA NACIONAL JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 28 de febrero de 2020, declaró que el demandante laboró al servicio de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, como trabajador oficial, desde el 21 de marzo de 1979 hasta el 27 de junio de 1999, de forma ininterrumpida, y que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión convencional por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita el 15 de abril de 1998, entre su empleadora y el sindicato "SINTRACREDITARIO".

En consecuencia, condenó a la U.G.P.P. al reconocimiento de la pensión convencional en cuantía de $1.970.301, más los reajustes de orden legal, a partir del 21 de enero de 2013, por 13 mesadas anuales; declaró que la pensión convencional reconocida al actor, tiene el carácter de compartible con la pensión reconocida por COLPENSIONES mediante Resolución n.° GNR-163647 de 12 de mayo de 2014, por el valor de $756.784, y que le corresponderá a la U.G.P.P. reconocer el mayor valor que resulte de la diferencia entre las dos pensiones, que para el año 2013, asciende a la suma de $1.213.517; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 21 de enero de 2013 hasta el 8 de noviembre de 2015; condenó a la U.G.P.P. a pagar el retroactivo causado por el mayor valor de la mesada de la pensión convencional por la suma de $83.114.554.92, liquidada el 29 de febrero de 2020; a reconocer los mayores valores por 13 mesadas pensionales anuales más los reajustes respectivos, teniendo en cuenta que la pensión convencional para el año 2020, asciende a la suma de $2.620.600.91, y la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES a un valor de $1.006.583.44, quedando el mayor valor a reconocer a partir del 1.° de marzo de 2020, en cuantía mensual de $1.614.017.49; a indexar cada una de las mesadas pensionales desde la fecha en que se hizo exigible hasta cuando se efectúe el pago en el futuro, y la condenó en cosas por el valor de $5.000.000.

Indicó, que de conformidad con las pruebas arrimadas al proceso se acreditó que el demandante laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, como trabajador oficial, desde el 21 de marzo de 1979 hasta el 27 de junio de 1999, esto es, por un total de 20 años, 3 meses y 7 días; así como que el último salario devengado fue de $1.225.853.66.

Esgrimió, que el demandante era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1998-1999 entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, y el Sindicato "SINTRACREDITARIO", como quiera que cumplió con el requisito establecido en su artículo 41, de haber cumplido 20 años de servicio continuo al servicio de la extinta Caja Agraria. Igualmente, adujo que dicha pensión convencional si era compatible con la pensión otorgada por COLPENSIONES al actor.

Respecto del monto de la pensión, arguyó que el artículo 41 de la Convención Colectiva, estableció que este sería del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, sobre el cual se acreditó que fue de $1.225.853, incluyéndose los factores fijos y variables, por lo que determinó que al demandante le correspondía una pensión de $919.389.75.

Señaló, que conforme al criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la pensión de jubilación convencional reconocida a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, debe ser actualizada conforme a la variación del I.P.C., certificado por el DANE de la última anualidad de la fecha de la pensión. Así, concluyó que el salario de $1.225.853 debidamente actualizado al año 2013 ascendió a la suma de $2.627.068, por lo que al aplicar el porcentaje equivalente al 75%, el valor de la primera mesada pensional a reconocer al actor correspondía a $1.970.301, y que a partir del 21 de enero de 2013, se reconocerían 13 mesadas anuales para los reajustes respectivos, dado que con la expedición del Acto Legislativo n.° 01 de 2005, se afectó el reconocimiento de la mesada 14.

Finalmente, aclaró que como mediante la Resolución n.° 16347 de 12 de mayo de 2014, se le reconoció una pensión al actor en

cuantía inicial de $756.784, debía descontarse este valor, y únicamente reconocer el mayor valor correspondiente a $1.213.517.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-U.G.P.P., al presentar su recurso de apelación, solicitó que fuera revocada la sentencia de primera instancia en su totalidad. Esgrimió, que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en el numeral 4.° de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1998-1999 entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, y el Sindicato "SINTRACREDITARIO", teniéndose en cuenta que a la fecha en que cumplió 55 años no se encontraba laborando para dicha entidad.

Adujo, que la fecha en que el demandante cumplió los 55 años, fue posterior al 31 de julio de 2010, fecha en la cual, el Acto Legislativo n.° 01 de 2005, estableció que no se podrán establecer en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o actos jurídicos algunos, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones, situación esta, que impide que se acceda a las pretensiones de la demanda.

De otra parte, solicitó que se estudiara la incompatibilidad de la pensión reconocida por el juez, con la pensión que devenga la parte demandante, pues conforme al artículo 128 de la Constitución Política, el demandante no puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Finalmente, expresó que si se llegase a confirmar la sentencia, se ordenaran los descuentos de los aportes en salud, así como la condena en costas que se le impuso, teniendo en cuenta que el Código

General del Proceso establece que debe probarse temeridad o mala fe, y que en este caso no se probó que la U.G.P.P. haya actuado de mala respecto del presente proceso, por lo que solicitó que se revocara la condena en costas impuesta por el despacho.

Por su lado, la **PARTE DEMANDANTE**, en su recurso presentado dentro del término legal, pidió que se modificara parcialmente la sentencia proferida, debido a que el precedente jurisprudencial sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, establece que la vigencia del Acto Legislativo n.° 01 de 2005, no afecta el reconocimiento de la mesada 14, pues este derecho fue adquirido el 27 de junio de 1999.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuestiones de método, esta Sala de decisión, como problemas jurídicos, estudiará de forma preliminar el recurso de apelación de la parte demandada, para establecer lo siguiente: ***i)*** si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez convencional establecida en la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, y en caso de ser así, determinar: ***ii)*** si la pensión convencional es incompatible o no, con la pensión de vejez reconocida al demandante por COLPENSIONES; ***ii)*** si es procedente deducir del valor del retroactivo pensional el valor correspondientes a los aportes en salud, ***iii)*** y lo relativo a la condena en costas.

Posteriormente, se analizará el recurso de apelación de la parte demandante, cuyo objeto de estudio se limitará a establecer si tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14.

En este asunto, no fue objeto de discusión que: ***i)*** el demandante nació el 21 de enero de 1958, por lo que cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes de 2013 (f.° 5, 6); ***ii)*** que se vinculó al servicio de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A., entre el 21 de marzo de 1979, y el 27 de junio de 1999, y que el último cargo que ocupó fue el de Cajero Principal I, Grado 03, en la oficina de Villanueva - Guajira, como da cuenta la certificación laboral, y la liquidación de cesantía total adosadas (f.° 6 - 7); ***iii)*** su calidad de afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial, y Minero (f.° 12); ***iv)*** su condición de beneficiario de las Convenciones Colectivas suscritas entre la Caja Agraria, y dicha organización sindical, entre ellas la convención colectiva de trabajo 1998-1999 (f.° 12), ***v)*** y que mediante Resolución n.° GNR 163647 de 12 de mayo de 2014, al demandante le fue reconocida una pensión de vejez, a partir del 21 de enero de 2013, por COLPENSIONES (f.° 131 - 135).

DE LA PENSIÓN CONVENCIONAL.

La Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, en la que basa su derecho el demandante obra de f.° 13 a 50, con la respectiva constancia de depósito oportuno en los términos previstos en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo. El artículo 41 de la citada convención colectiva, referente a los requisitos para obtener la pensión de jubilación, consagra lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 41°. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.*

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieren dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se regirá de la siguiente manera: a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones,

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

PARÁGRAFO 1°. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución (Resaltado por la Sala).

PARÁGRAFO 2°. El trabajador que el dieciséis (16) de marzo de 1992 haya cumplido 18 años o más de servicios continuos o discontinuos, que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de los 47 años, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución."

Respecto de la interpretación de la disposición transcrita, la Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ - SL526 de 2018, dispuso lo siguiente: "*1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se producirse cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.*"

Frente a la edad pensional, en dicha oportunidad, nuestro órgano de cierre precisó, que ésta no se estableció como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, sino como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

En este orden, como no fue objeto de discusión que, para el 27 de junio de 1999, fecha en la que se desvinculó el actor de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A., tenía 20 años, 3 meses y 7 días laborados al servicio de ésta, es claro, que en ese momento adquirió el derecho pensional, y simplemente quedó a la espera de cumplir los 55 años de edad para hacerlo exigible, hecho este, que aconteció el 21 de enero de 2013.

Ahora bien, sobre lo afirmado por la parte demandada, de que al actor no le asiste el derecho de la pensión convencional, como quiera que conforme a lo establecido en el Parágrafo Transitorio 3.° del Acto Legislativo n.° 01 de 2005, las reglas de carácter pensional

contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados perdieron su vigencia a partir del 31 de julio de 2010, debe aclararse que con anterioridad a dicha data, el actor ya contaba con un derecho adquirido, pues ya había acreditado el tiempo de servicios, y se había desvinculado laboralmente de la demandada. Por lo que en este punto, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

DE LA COMPARTIBILIDAD DE LA PENSIÓN.

Teniéndose en cuenta que la demandada solicitó que se estableciera la incompatibilidad entre la pensión de origen extralegal, y la pensión de vejez, reconocida al actor por Colpensiones, como quiera que, según su dicho, éste no puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, resulta necesario precisar, que como bien lo adujo el *a quo*, en el presente caso, aconteció el fenómeno de la *compartiblidad pensional,* el cual fue definido recientemente por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL4555 - 2020, así:

> *"[...] la referida compartibilidad pensional no tiene por objeto que el pensionado cuente con dos pensiones, pues, precisamente, el efecto de la mentada figura es el de la asunción del riesgo por el ente de seguridad social con el aseguramiento de que no se deteriore el valor de la pensión que se venía percibiendo, por manera que, la prestación de vejez que otorga la entidad administradora será la que se mantendrá como pensión en toda su identidad; de consiguiente, no por el hecho de que el empleador conserve a su cargo el pago del mayor valor que resultare en favor del pensionado, esa diferencia o mayor valor tendrá las connotaciones de una prestación pensional distinta a la de vejez asumida por el ente de seguridad social, por cuanto que ese valor debe mantenerse por no poderse afectar el quantum o monto del derecho pensional subrogado, habida consideración de que ese parámetro pensional queda cobijado por el concepto de derecho adquirido."*

Visto de otra forma, el cubrimiento del derecho pensional por parte del ente de seguridad social mantiene y preserva el derecho del trabajador en lo que tiene que ver con su valor, con estribo en la figura de la compartibilidad pensional, pero de allí no puede derivarse la coexistencia de una doble prestación, de donde deviene una obvia conclusión, cual es la de que las reglas del reajuste anual de la pensión con la cual seguirá el pensionado, en principio, son las que rigen la pensión legal de vejez, no de la que fue subrogada por la entidad administradora de pensiones."

Así las cosas, en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, se estableció que los empleadores que otorgaran a sus trabajadores pensiones convencionales causadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, al momento en que el trabajador cumpliera los requisitos exigidos por el extinto I.S.S. para otorgar la pensión de vejez, dicha entidad pasaría a cubrir esta prestación, porque al empleador solo le correspondería asumir el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el I.S.S., y la pensión de origen extralegal, salvo que se hubiese pactado expresamente en la convención colectiva que las pensiones no serían compartidas con el I.S.S.

No obstante, como en la Convención Colectiva 1998-1999, no se estableció exclusión de compartibilidad alguna, la pensión convencional de jubilación del actor, respecto de la cual el *a quo* estableció como valor de la mesada pensional $1.970.000, debe compartirse con la que le fue reconocida por COLPENSIONES mediante Resolución n.° GNR 163647 de 12 de mayo de 2014, por el valor de $756.784, por lo que a la demandada le corresponde asumir el mayor valor correspondiente a la diferencia que resultare entre ambas pensiones, que para el año 2013, se estableció en $1.213.517, de acuerdo a las operaciones aritméticas realizadas de forma acertada por el *a quo*, obrantes en el f.° 142 del expediente.

De manera que, sobre este punto también se confirmará la sentencia apelada.

DE LA DEDUCCIÓN DE LOS APORTES PERTENECIENTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

Observa esta sala, que el *a quo* omitió efectuar un pronunciamiento respecto de la deducción del valor del retroactivo pensional de los aportes pertinentes al sistema de seguridad social en salud, que le corresponde realizar a la U.G.P.P., conforme a lo previsto en los 143 de la Ley 100 de 1993, y el inciso 3.° del Decreto 692 de 1994. Así las cosas, se adicionará la sentencia apelada, en el sentido de autorizar a la demandada a realizar dichas deducciones.

DE LA CONDENA EN COSTAS.

Sobre la inconformidad de la parte demandada, respecto de la condena en costas impuesta por el *a quo*, que incluyó como agencias en derecho a favor del demandante la suma de $5.000.000, debe anotarse que de acuerdo con lo dispuesto en el n.° 5.° del artículo 366 del Código General del Proceso, ésta solo podrá controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, motivo por el que la sala no está habilitada para emitir pronunciamiento alguno al respecto, pues este no es el momento procesal dispuesto para ello.

DEL RECONOCIMIENTO DE LA MESADA 14.

Ahora bien, la parte demandante, esgrimió en su recurso, que la entrada en vigencia del Acto Legislativo n.° 01 de 2005, no afecta el reconocimiento de la mesada 14, teniendo en cuenta que el derecho pensional fue adquirido el 27 de junio de 1999.

No obstante, en sentencia CSJ SL-340 de 2020, nuestro órgano de cierre, concluyó que con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la mesada adicional se suprimió para quienes se pensionaran a partir de su entada en vigencia, es decir, desde el 29 de julio de 2005, salvo para el caso en que los pensionados tuvieran una mesada igual o inferior a 3 veces el salario mínimo, y que su derecho se hubiese causado antes del 31 de julio de 2011, como quiera que desde esta data, la mesada adicional se extinguió de forma definitiva.

En efecto, no incurrió en yerro alguno el *a quo* al establecer que se reconocerían 13 mesadas anuales con los reajustes respectivos, por cuanto en el caso objeto de estudio, la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, afectó el pago de la mesada 14, teniendo en cuenta que el reconocimiento de la pensión se efectuó solo hasta el 21 de enero de 2013, fecha en la que el actor cumplió los 55 años de edad. Así pues, se confirmará la sentencia apelada sobre este punto.

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: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de febrero de 2020, en el sentido de **AUTORIZAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-U.G.P.P.**, a deducir del valor del retroactivo pensional causado por el mayor valor de la mesada de la pensión convencional, en la suma de **OCHENTA Y TRES MILLONES CIENTO CATORCE MIL QUINIENTOS**

CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS M/CTE ($83.114.554.92), lo correspondiente a los aportes pertinentes al Sistema de Seguridad Social en salud, de acuerdo a la parte motiva de esta decisión.

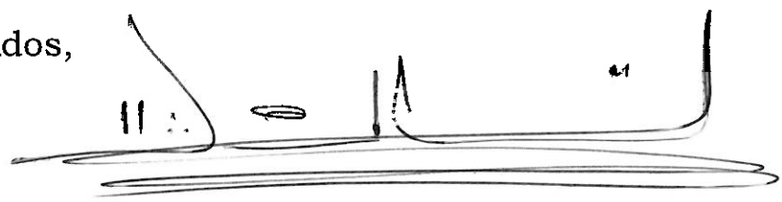
SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la **U.G.P.P.**

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