



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

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ANA BRIYID PORRAS LÓPEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 028 2019 00884 01.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida el 24 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 ineficacia de su traslado al R.A.I.S., administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., por haber omitido información completa, veraz, oportuna e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con la decisión de su traslado; por lo que, consecuencialmente, se deben trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos que se hubieren generado a COLPENSIONES; quien deberá tenerla como su afiliada sin solución de continuidad.

Para el efecto, manifestó que nació el 20 de junio de 1970; que estuvo válidamente afiliada al I.S.S. hoy COLPENSIONES, desde el 21 de agosto de 1989 hasta el 31 de julio de 1996, donde cotizó un total de 333, 57 semanas; que se trasladó al R.A.I.S., Fondo COLFONDOS S.A. el 20 de junio de 1996; que en ese momento le indicaron que con el traslado tendría una cuantía de pensión mucho mejor que la que le reconocerían en el R.P.M., que se podría pensionar a la edad que quisiera, y que el I.S.S. iba a desaparecer, lo que podría ver afectado el derecho que le pudiese corresponder, pero, que no le brindaron información respecto de las ventajas y desventajas que podría ocasionar el traslado de régimen pensional.

Finalmente, indicó que reclamó administrativamente a las entidades demandadas, pero COLFONDOS S.A. negó las peticiones y COLPENSIONES no dio respuesta a las mismas (f.º 3 - 10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de enero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 30).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, e indicó que además de ser inapropiadas y desacertadas, el origen de la presente acción no es la falta de información, sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibiría por parte de cada régimen, y su actuar, además de afectar, vulnerar y sobrecargar el R.P.M., se aprovecha de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados de buena fe que hacen parte del régimen que administra.

Propuso como excepciones de mérito las de protección de sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho para regresar al R.P.M., prescripción, ineficacia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe (f.º 37-46).

COLFONDOS S.A., se allanó a las pretensiones encaminadas a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante, aunado a ello, solicitó que en caso de declarar tal nulidad, no ser condenada en costas y agencias en derecho (f.º 55).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 31).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante en el mes de agosto de 1996, por intermedio de la A.F.P. COLFONDOS S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del R.P.M. administrado por COLPENSIONES; así mismo, 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 a COLPENSIONES, quien deberá activar su afiliación en el R.P.M. y a actualizar su historia laboral y condenó en costas a COLPENSIONES.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, para que la sentencia proferida por el a quo, fuese revocada en su totalidad. Indicó, que durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada al R.A.I.S. nunca se preocupó por su situación pensional, ni manifestó inconformidad de pertenecer a este régimen pensional, sumado a que, por su edad, se encuentra en imposibilidad de trasladarse al R.P.M.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía

Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 20 de julio de 1970 (f.º 14); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 21 de agosto de 1989, donde cotizó un total de 333,57 semanas (f.º 52); **iii)** y que se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., desde el 1.º de agosto de 1996, conforme a la respuesta al derecho de petición efectuada por ésta entidad y visible a folios 25 a 27 del plenario, donde actualmente se encuentra vinculada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el

sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la

información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 25 a 27, se avizora la contestación de COLFONDOS S.A. al derecho de petición incoado por la demandante, de fecha 18 de octubre de 2019, el cual, si bien refiere que la decisión de vinculación de la demandante efectuada el 1.º de agosto de 1996, se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador

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

expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

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

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

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver las cotizaciones, rendimientos financieros, frutos e intereses y los gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A. el 1.º de agosto de 1996, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos

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

financieros, frutos, intereses y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia en torno a este punto.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

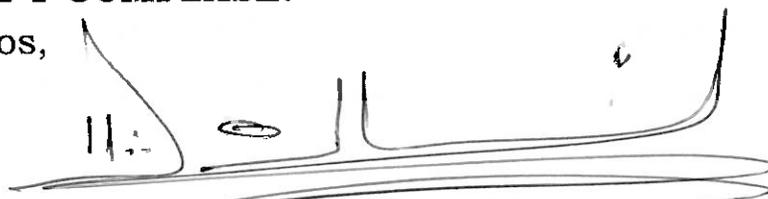
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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 **OSCAR ALBERTO VILLEGAS ARENAS** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A.**

EXP. 11001 31 05 029 2019 00320 01.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte DEMANDANTE y PORVENIR S.A., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa a la alzada, pretendió el demandante, que se declare que sus afiliaciones al R.A.I.S., ante PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y SKANDIA S.A. son ineficaces, toda vez que se dio una evidente y flagrante violación al deber de información, ya que no fueron claras las características de los regímenes, ni los riesgos y las consecuencias del traslado; consecuentemente, se condene a SKANDIA S.A. a trasladar íntegramente los aportes, junto con sus respectivos rendimientos financieros a COLPENSIONES; así mismo, se condene a los fondos privados demandados a devolver a COLPENSIONES, las comisiones cobradas en razón de la administración de los aportes, durante la vigencia de la vinculación con cada uno.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el día 15 de septiembre de 1956; que inicialmente se afilió al R.P.M. y el 10 de febrero de 1997, se trasladó al R.A.I.S. administrado por la A.F.P. COLPATRIA; que posteriormente, realizó varias afiliaciones con fondos privados a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y a SKANDIA S.A., a la cual se encuentra vinculada desde diciembre de 2006; señaló, que ninguna de las anteriores A.F.P. accionadas le indicaron las consecuencias de trasladarse de régimen pensional, y no le dieron razones claras, objetivas, precisas y concretas respecto de los pros y los contras de un fondo privado y uno público (f.º 128 - 143).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 145).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que lo pretendido no tiene respaldo fáctico ni jurídico, sumado a que, no conoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se efectuó el traslado del demandante del R.P.M. al R.A.I.S., no obstante, el traslado se realizó en cumplimiento de las normas legales, lo que hace presumir su validez y eficacia.

Formuló como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (f.º 169 -175).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a las pretensiones, por cuanto la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que es claro, que la demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado al R.A.I.S., manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones a éste régimen pensional.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 181 - 190).

COLFONDOS S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas, ya que no existen presupuestos de hecho y de derecho para declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante a ésta A.F.P., como quiera que la afiliación se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el R.A.I.S. su elección. Aunado a

ello, indicó que los asesores comerciales de COLFONDOS si le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre regímenes, ventajas y desventajas, entre otras.

Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor 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.º 210 -234).

OLD MUTUAL, hoy **SKANDIA S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas, toda vez que la afiliación del demandante con ésta A.F.P. se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, por lo que se encuentra válidamente al R.A.I.S. Respecto a la devolución de las comisiones de administración, indicó que el porcentaje descontado por dicho concepto ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte del actor, por tanto, no se encuentran en las arcas de la A.F.P.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (f.º 254 - 261).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 147-148).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de diciembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante ante la A.F.P. HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 10 de febrero de 1997, por lo que, para todos los efectos legales, el afiliado siempre ha permanecido en el R.P.M.; como consecuencia de lo anterior, ordenó a SKANDIA S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, por concepto de cotizaciones y rendimientos, a COLPENSIONES, quien deberá recibirlos y actualizar la historia laboral del accionante; y, finalmente, no condenó en costas a las demandadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación, para que la sentencia proferida por el a quo, sea revocada parcialmente, esto es, únicamente en lo que tiene que ver con la condena en costas, en la medida que, de conformidad con el Artículo 365 del Código General del Proceso, la misma procede de manera automática y objetiva en contra de quien es vencido en juicio, razón por la cual, deben ser condenadas todas y cada una de las administradoras llamadas a juicio, en especial COLPENSIONES; pues de haber aceptado al demandante en 2009, no hubiese sido necesario iniciar este proceso.

La demandada **PORVENIR S.A.**, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que, pese a no haber sido condenada en primera instancia, el a quo consideró que ésta A.F.P. no cumplió con sus obligaciones legales, lo cual no se ajusta a la realidad, pues, PORVENIR sí brindó una información totalmente

completa al momento de la afiliación, y prueba de ello es el formulario de afiliación suscrito, sumado a que, no es dable que el demandante se escude en una supuesta falta de información simplemente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones. Además, indicó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, por lo que, de confirmarse la decisión, se estaría contribuyendo a la descapitalización del R.P.M. y la estabilidad financiera del R.A.I.S.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 15 de septiembre de 1956 (f.º 46); **ii)** se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 24 de enero de 1995 (f.º 74); **iii)** y que el 10 de febrero de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA S.A. conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 84 y 206) y que realizó varios traslados entre administradoras del R.A.I.S. a PORVENIR S.A. el 14 de agosto de 1998 (f.º 85 y 207), a COLFONDOS S.A. el 25 de abril de 2003 (f.º 236), y a SKANDIA S.A., donde, desde el 27 de octubre de 2006, continúa afiliado (f.º 242).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión

que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

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

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

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

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

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

puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 10 de febrero de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. (f.º 84 y 206), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a SKANDIA S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, 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 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, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

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

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

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

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

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

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 las A.F.P. accionadas que hubiesen 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 del actor, entre ellos, cotizaciones y rendimientos financieros que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada SKANDIA S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 10 de febrero de 1997, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 84 y 206), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, SKANDIA S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos

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

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

Finalmente, sobre la inconformidad del demandante, respecto de la no condena en costas, encuentra la Sala, que la imposición de ellas a una parte, es una consecuencia implícita al hecho de haber sido vencida en juicio, conforme se estatuye en el artículo 365 del Código General del Proceso, tal como sucedió con la parte demandada en primera instancia, ya que el a quo accedió a las pretensiones de la demanda, tras considerar que la A.F.P. que efectuó el traslado, esto es, COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., no cumplió con su deber legal de suministrar información al aquí afiliado, siendo esto lo que dio lugar a la iniciación del proceso, de ahí que tal aspecto deba **REVOCARSE** la decisión adoptada por el juzgador de primera instancia, para en su lugar, condenar en costas a esta A.F.P. demandada.

Ahora, frente a la manifestación realizada por el recurrente respecto de COLPENSIONES, debe señalarse, que en efecto, a folio 87 a 90, reposa el derecho de petición incoado por el demandante dirigido al extinto Instituto de los Seguros Sociales, donde se solicita su traslado del R.A.I.S. al R.P.M.; así como la respectiva respuesta del extinto I.S.S., frente a lo cual, debe acotarse, que pese a que dicha entidad no generó la vinculación de la A.F.P. SKANDIA, tal como lo anunció en dicha respuesta, el traslado del demandante no hubiese sido posible en dicha oportunidad, toda vez que de conformidad con las documentales aportadas al proceso, el mismo, no es beneficiario del régimen de transición, ni por edad, ni por tiempos de servicio, pues, con los certificados de información laboral visibles a folios 54 a 74, el demandante completa solo 635.71 semanas, y, aunque argumenta haber laborado por un periodo de 2.278 días para el señor JOSÉ RODRIGO MEZA GARCÍA, lo cierto es que en la declaración

notarial extrajudicial visible a folio 48, éste manifiesta no haber efectuado afiliación en nombre del aquí demandante, ni cotizaciones en pensión, sumado a que, para la fecha de la solicitud, el demandante ya se encontraba inmerso en la prohibición de traslado contemplada en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, no es posible acceder al pedimento de condenar en costas a COLPENSIONES, toda vez que dicha entidad desconocía de la afiliación al sistema general en pensiones del accionante.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 14 de diciembre de 2020, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, condenar en costas a PORVENIR S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

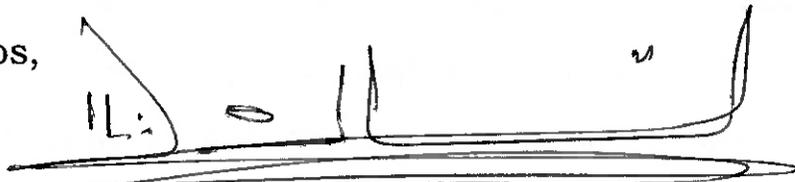
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo considerado.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NORLEY PEÑUELA URREA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 029 2019 00653 01.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado del R.P.M. al R.A.I.S., fondo HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., realizado el 21 de junio de 1995, por la indebida y nula información suministrada por ésta A.F.P.; así como su posterior afiliación a COLFONDOS S.A.; consecuentemente, se ordene ésta última a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual; y se condene a COLPENSIONES a recibirla sin solución de continuidad y a corregir y actualizar su historia laboral.

Para el efecto, manifestó que nació el 25 de marzo de 1966; se afilió al Sistema General de Pensiones en el R.P.M. el 6 de mayo de 1992; que se trasladó al R.A.I.S., mediante su afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 21 de junio de 1995, y posteriormente, se afilió a COLFONDOS S.A. el 1.º de septiembre del 2014; decisiones que aparentemente se tomaron de manera libre y voluntaria, sin embargo, no estuvieron precedidas de la suficiente ilustración por parte de los fondos que la recibieron, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad.

Finalmente, señaló que reclamó administrativamente a las entidades demandadas, solicitando la declaratoria de nulidad de su traslado de régimen pensional (f.º 85-100).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de octubre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 102).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de la demandante del R.P.M. al R.A.I.S. tiene plena validez, y la afirmación de vicio del consentimiento acaecido en el proceso de traslado, debe ser probado en el desarrollo del proceso judicial.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (f.º 106-109).

PORVENIR S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en la medida que la afiliación de la demandante con ésta A.F.P. fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, sumado a que, a la demandante le aplica la restricción contenida en el Literal e del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito las denominadas prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (f.º 118-144).

COLFONDOS S.A. se allanó a las pretensiones de la demanda e indicó no oponerse a las mismas, a excepción de la condena en costas (f.º 160).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 103).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de febrero de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la

demandante realizada ante INVERTIR S.A., hoy PORVENIR S.A., el 21 de junio de 1995; y en consecuencia, declaró, que para todos los efectos legales, nunca estuvo vinculada al R.A.I.S., y siempre permaneció en el R.P.M. administrado por COLPENSIONES.

Por lo anterior, ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia; y finalmente, ordenó a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores, así como a actualizar su historia laboral.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 25 de marzo de 1966 (f.º 35); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 5 de mayo de 1992, donde cotizó un total de 159,71 semanas (f.º 36-39); **iii)** y que el 21 de junio de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por INVERTIR S.A., conforme al historial de vinculaciones del SIAF-ASOFONDOS allegado al proceso (f.º 145), y que, después de varios traslados horizontales entre administradoras privadas, el 1.º de septiembre del 2014, 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.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

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

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y

oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el

sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a

pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 145 y ss., se avizoran el historial de vinculaciones SIAF-ASOFONDOS y los formularios que la demandante suscribió con las A.F.P. COLPATRIA S.A., HORIZONTE S.A., y PORVENIR S.A., 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, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse*

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

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.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos cotizaciones y rendimientos, que la Sala de Casación Laboral de la

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

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 valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones y rendimientos, 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.INVERTIR, hoy PORVENIR S.A. el 21 de junio de 1995, y a COLFONDOS S.A. el 1.º de septiembre del 2014, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ 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 febrero de 2021, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

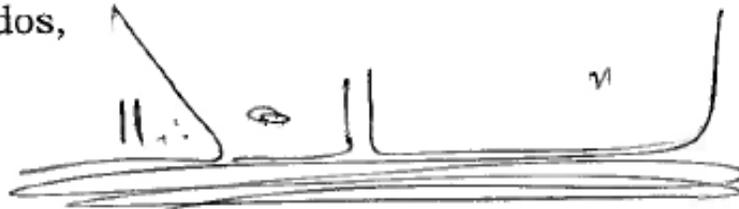
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

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

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', written over a horizontal line.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marceliano Chávez Ávila', written over a horizontal line.

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 **RICARDO FORERO BEJARANO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 31 2019 00704 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuesto por la parte demandada, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara la ineficacia del traslado de afiliación al R.A.I.S., en la A.F.P. Protección S.A., por cuanto el mismo careció de información veraz, debido a la asesoría incompleta que recibió por parte de dicha administradora.

Consecuencialmente, que se condenara a PROTECCION S.A., a trasladar todos los aportes y/o regazos efectuados por el, a COLPENSIONES; a ésta última a activar su afiliación en el R.P.M.; a aceptar y recibir el traslado de aportes y rendimientos financieros; al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 y 34 de la Ley 100 de 1993; a PROTECCIÓN S.A. a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 20 de abril de 1959; que, se afilió al régimen de ahorro individual inicialmente en la A.F.P I.N.G., hoy PROTECCIÓN S.A., el 31 de marzo de 2004; que contaba con mas de 682 semanas cotizadas, y que no fue asesorado, ni informado por dicha administradora respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este, y en general, las implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de noviembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 46).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del demandante. Manifestó, que el actor no probó causal alguna de que la afiliación a Protección S.A. es ineficaz, por cuanto la misma cumple con todos los presupuestos legales para su existencia.

Alegó en su favor, las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al R.P.M.P.D., prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago en costas en las instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 49 - 66).

PROTECCION S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y en especial a la declaratoria de nulidad del traslado por cuanto fue un acto existente, válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y que la suscripción del formulario de afiliación fue realizada de forma libre y espontánea por el actor.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (f.º 86 - 75)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 127)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, teniéndolo como válidamente afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dineros que recibió del demandante por concepto de aportes, junto con sus rendimientos e intereses sin que sea posible descontar suma alguna de dinero correspondientes a gastos de administración o seguros; a COLPENSIONES a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen; absolvió a COLPENSIONES de acceder al reconocimiento pensional por constituir una petición antes de tiempo, y condenó a PROTECCIÓN S.A. al pago de las cotas del proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., solicitó que fuera revocado el numeral 2.º de la sentencia, correspondiente a la condena de trasladar a COLPENSIONES el valor de los gastos de administración y seguro previsional, por cuanto los mismos han sido conceptos determinados por la ley como inherentes o propios del R.A.I.S.

Esgrimió, que los gastos de administración corresponden a un reconocimiento que efectúa el afiliado al fondo, por las labores desprendidas a nivel previsional y financiero, que permiten que el actor, hoy por hoy, ostente unos rendimientos financieros debidamente acreditados en su cuenta de ahorro individual, que le generarán un reconocimiento pensional en mejores condiciones por la capitalización de los mismos.

Indicó, que la prima previsional, obedece al pago que ha hecho el afiliado para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y que el artículo 1746 del Código Civil, establece las restituciones mutuas sobre los reconocimientos de los frutos y las ganancias, por lo que conforme a dicho precepto, no se pueden desconocer los rendimientos que tuvo el bien administrado en el presente caso, es decir respecto de los aportes efectuados.

Finalmente, solicitó que fuera absuelta de tener que generar la devolución de los gastos de administración, por cuanto esto generaría un detrimento a su patrimonio.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 29 de abril de 1959 **ii)** que se afilió al extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES en abril de 1984 (f.º 105); **iii)** que el 1.º de septiembre de 2004, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. (f.º 96); **iv)** y que actualmente se encuentra afiliado a dicho fondo, con un total de 1.419 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida el día 21 de enero de 2019, obrante a de f.º 35 a f.º 40.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó

a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se tiene que el actor, el 1.º de septiembre de 2004, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCION S.A.; (f.º 96); el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 lo anteriormente expuesto, en consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante, el 1.º de septiembre de 2004, cuando se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad administrado por A.F.P. PROTECCION S.A., por lo que está deberá trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y devolución de

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

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 2 de septiembre de 2020, por el Juzgado 31 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 **GLORIA MERCEDES LÓPEZ PIÑEROS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 031 2019 00735 01.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 14 de enero de 2021, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa a la alzada, pretendió la demandante, que se declare la ineficacia de su afiliación al R.A.I.S., administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., efectuado el 28 de agosto de 1998, por lo que, siempre ha permanecido afiliada al R.P.M.; consecuentemente, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos y demás valores causados con motivo de su afiliación, así como las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración, a COLPENSIONES, quien deberá recibir las anteriores sumas de dinero y actualizar su historia laboral.

Para el efecto, manifestó que se afilió al I.S.S. hoy COLPENSIONES, desde el 20 de junio de 1984 hasta el 8 de abril de 1997; posteriormente, se afilió al R.A.I.S. con PORVENIR S.A., donde efectuó cotizaciones desde septiembre de 1998 hasta la fecha; sin embargo, previo a dicha afiliación ésta A.F.P. no le suministró ningún tipo de información, no le dijo cuáles eran las características del régimen al que se estaba trasladando, ni las condiciones específicas para obtener pensión de vejez en cada régimen pensional, razón por la cual, su afiliación inicial al R.A.I.S. y su permanencia en el mismo, no fue producto del suministro de información cierta, completa, veraz e imparcial por parte de dicha administradora, sino que fue impulsada por las omisiones en la información que debía ser puesta a consideración al momento previo a la afiliación.

Finalmente, señaló que reclamó administrativamente a COLPENSIONES, el 7 de octubre de 2019, pero dicha entidad no dio respuesta (f.º 4-15).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 19 de noviembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 86).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en razón a que la demandante no probó causal alguna que demuestre que su afiliación a PORVENIR S.A. es ineficaz, pues la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe las normas, por lo cual, no procede la declaratoria de nulidad, toda vez que no se generó ningún vicio del consentimiento.

Propuso como excepciones de fondo las denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe (f.º 49 - 66).

PORVENIR S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en la medida que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación; así mismo, indicó que se pretende imponer cargas adicionales que no existían para la fecha del traslado. Adicionalmente, adujo que las características, condiciones, ventajas y desventajas del R.A.I.S. se encontraban establecidas en la ley, por lo

que si la demandante hubiese sido diligente, habría podido constatar, además de la información otorgada en su momento, las condiciones del régimen seleccionado.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (f.º exp. virtual).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 41).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de enero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del R.P.M. al R.A.I.S., administrado por PORVENIR S.A., consecuentemente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero recibidas de la demandante por concepto de aportes, junto con rendimientos e intereses, sin que sea posible descontar suma alguna de dinero por concepto de cuotas de administración o gastos; finalmente, condenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el R.P.M. como si nunca se hubiere trasladado de régimen y condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó que fuese revocada la sentencia en su totalidad, toda vez que se aparta de la decisión tomada por el a quo, en la medida que no es dable que se exija el cumplimiento del deber de información y el consentimiento

informado con unos requisitos que no existían para la fecha del traslado. Aunado a lo anterior, indicó que la finalidad del Sistema General de Seguridad Social no es brindar al afiliado una determinada prestación económica, sino que éste tenga debidamente cubiertas las contingencias de invalidez, vejez y muerte, razón por la que no puede accederse a las pretensiones de la demanda, toda vez que la motivación del traslado radica en el descontento de la demandante con el eventual monto de su mesada pensional en el R.A.I.S. Además, señaló que lo consignado en el formulario de afiliación, refleja la voluntad de la demandante de afiliarse, de forma libre y voluntaria al R.A.I.S.

Finalmente, respecto a la devolución de los gastos de administración y primas de seguros, adujo que los mismos tienen autorización legal y destinación específica, razón por la cual, estas sumas ya fueron invertidas en la forma exigida en la ley y ya no se encuentran en poder de ésta A.F.P.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía

Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 6 de junio de 1962 (f.º 23); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 20 de marzo de 1985, donde cotizó un total de 153, 14 semanas (f.º CD, folio 69); **iii)** y que el 28 de agosto de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme a la solicitud de vinculación allegado al proceso (f.º 31), donde actualmente se encuentra vinculada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el

sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la

información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 31, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 28 de agosto de 1998, con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 aportes, rendimientos, intereses 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.”

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver las cotizaciones, rendimientos financieros, frutos e intereses y gastos de administración, que posea la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. el 9 de octubre de 1995, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

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

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de enero de 2021, por el Juzgado 31 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 **RAQUEL MODESTA GRANADOS LINERO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 031 2020 00062 01.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2020, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad, o subsidiariamente, la ineficacia de su traslado del R.P.M. al R.A.I.S., efectuada con COLFONDOS S.A., el 1.º de septiembre de 1998, así como su posterior afiliación a PORVENIR S.A. efectuada el 1.º de enero de 2015; consecuentemente, que se condene a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, cuotas de administración, entre otros. Adicionalmente, que se condene a COLPENSIONES a recibirla como su afiliada y a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el R.A.I.S.

Para el efecto, manifestó que nació el 14 de septiembre de 1964; que estando afiliada al R.P.M. se trasladó al R.A.I.S., administrado por COLFONDOS S.A., sin mediar autorización ni consentimiento informado, el 1.º de septiembre de 1998; y posteriormente, en enero de 2015, se afilió a PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliada actualmente; señaló que COLFONDOS S.A. no la asesoró ni la informó de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre regímenes, las prestaciones económicas que obtendría en el R.A.I.S., los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este régimen, y en general, las implicaciones sobre sus derechos pensionales, esto es, lo que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones.

Finalmente, señaló que reclamó administrativamente a las entidades demandadas, solicitando la declaratoria de nulidad de su traslado de régimen pensional (f.º 2-23).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 28 de febrero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 109).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante no probó causal de nulidad que demuestre que su afiliación a COLFONDOS S.A. es nula e ineficaz, ya que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe la norma, por lo cual, no puede haber un regreso automático de la demandante al R.P.M.

Propuso como excepciones de fondo, las de 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 y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Exp. Dig., Doc. 3, págs. 2-25).

COLFONDOS S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y señaló que sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de 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 R.A.I.S. y R.P.M., las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (exp. Dig., doc. 7, págs. 3-20).

PORVENIR S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en la medida que con la misma se pretende desconocer la restricción contenida en el Literal e del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, e indicó que la afiliación de la demandante en 2014 fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de la afiliación, de reiterarle el funcionamiento del R.A.I.S. y de indicarle las condiciones pensionales individuales.

Propuso las excepciones de mérito las denominadas prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (exp. Dig., doc. 10, págs. 2-25).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 103).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia

del 3 de diciembre de 2020, declaró la nulidad del traslado de régimen de la demandante del R.P.M. al R.A.I.S.; y en consecuencia, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a PORVENIR S.A., la totalidad de sumas de dinero que descontó de los aportes de la demandante por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros; así mismo, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió por concepto de aportes de la demandante, junto con sus intereses y frutos civiles, sin que sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros.

Finalmente, condenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el R.P.M. y condenó en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia, sea revocada en su totalidad; adujo, que no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento con el cambio de régimen pensional de la demandante, razón por la cual, el acto de vinculación efectuado a ésta A.F.P. es eficaz. Señaló, que en el formulario de afiliación suscrito de la demandante, quedó plasmado que su selección de régimen pensional fue libre, espontánea y sin presiones, lo cual fue ratificado en el interrogatorio de parte, razón por la cual, no es dable restarle valor probatorio a éste documento.

Sumado a ello, indicó que si la consecuencia de esta nulidad es volver las cosas al estado anterior, el contrato no debió existir, por lo que ésta A.F.P. no debió administrar dichos recursos y los rendimientos que produjo la cuenta de ahorro individual no se

habrían causado, por lo que ordenar el traslado de los aportes, rendimientos y gastos de administración constituirían un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES, ya que éstos últimos no se destinan a financiar su pensión de vejez.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

información suficiente, por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 13 de septiembre de 1964 (f.º 82); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 19 de abril de 1989, donde cotizó un total de 435,29 semanas (f.º 62-64); **iii)** y que el 30 de julio de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme a la solicitud de traslado allegada al proceso (f.º 83), y que, el 22 de noviembre del 2014, se trasladó a PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra vinculada (f.º 84).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y

suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

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

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

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado

una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una

descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 83 y 84, se avizoran los formularios que la demandante suscribió con las A.F.P. COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., 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, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos cotizaciones, rendimientos 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 todos los calores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A. el 30 de julio de 1998, y a PORVENIR S.A. el 22 de noviembre del 2014, 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:

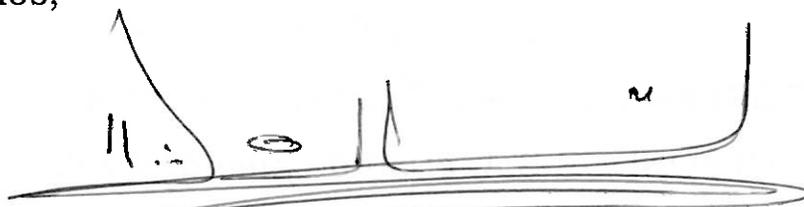
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2020, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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 **ÁLVARO RODRÍGUEZ ORTÍZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 033 2018 00158 01

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante que se declarara la nulidad del traslado de régimen pensional del R.A.I.S, efectuado por la A.F.P, DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., por el incumplimiento del deber legal de información; que todas las afiliaciones posteriores que efectuó en el R.A.I.S., carecen de validez jurídica, y que se encuentra válidamente afiliado al R.P.M.

Consecuencialmente, que se condenara a la A.F.P. OLD MUTUAL S.A., a registrar en el sistema de información de los fondos de afiliación del R.A.I.S., que su afiliación estuvo viciada de nulidad e ineficacia; al traslado del capital acumulado, con sus rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES, junto con la activación en el sistema de esta última; a los derechos que resultaren probados, conforme a las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 15 de febrero de 1957; que cotizo al extinto I.S.S. desde el 1 de octubre de 1982; que se trasladó a la A.F.P. Davivir S.A, hoy PROTECCIÓN S.A, en julio de 1995; que para la fecha del traslado contaba con 249 semanas cotizadas; que no fue asesorado, ni informado por dicha administradora respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este, y en general, las implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional, y que en agosto del 2001, se afilió a COLFONDOS S.A, pero que esta no le informó que antes de cumplir los 52 años de

edad, tenía la posibilidad de trasladarse de régimen; que se afilió a la A.F.P. Skandia hoy OLD Mutual S.A desde noviembre de 2013, hasta la fecha, con un total de 1370 semanas, y que cumplió 62 años, el 15 de febrero de 2019.

Agregó, que radicó ante Protección S.A y Old Mutual S.A., solicitud de nulidad de traslado pero que ambas administradoras rechazaron su petición, y que solicitó a Colpensiones la activación de su afiliación en el R.P.M., pero que la entidad le indicó que el mismo no era procedente.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de abril de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 80).

OLD MUTUAL S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Esgrimió, que las afiliaciones realizadas por el demandante a ésta A.F.P. se realizaron dentro del marco legal vigente para la fecha de la afiliación y conforme a los postulados de la buena fe. Indicó, que de acuerdo con la ley, la selección de un régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, al seleccionar el R.A.I.S. aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen.

Propuso como excepciones la prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (f.º 89 - 102)

COLPENSIONES, también se opuso a las pretensiones del actor. Arguyó, que las pruebas arrimadas al proceso evidencian que el demandante se encuentra válidamente afiliado al R.A.I.S., al

suscribir de forma voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la A.F.P. DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.

Alegó en su favor, las excepciones de que el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (f.º 163 - 175).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Adujo, que el contrato de afiliación celebrado entre DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., y el demandante es plenamente válido, por cuanto en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez. Agregó, que al demandante no se le ocultó información al momento de afiliarse al fondo privado, y que éste suscribió, de forma voluntaria, el formulario de afiliación.

Propuso como excepción previa, la falta de integración contradictorio, e indicó que debía vincularse al presente proceso a COLFONDOS S.A., como quiera que el demandante efectuó un traslado a dicho fondo dentro del R.A.I.S.

Invocó las excepciones de mérito de validez de la afiliación a Davivir S.A hoy Protección SA, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, y prescripción.

Mediante auto de 15 de julio de 2019, se dispuso vincular al presente litigio a Colfondos S.A., en calidad de demandada por cuanto de la documental allegada al proceso, el *a quo* constató que el actor también estuvo afiliado a dicha A.F.P. (f.º 191)

COLFONDOS S.A., se opuso a que se declarara la nulidad de traslado del demandante, como quiera que la afiliación a ésta A.F.P. es válida, por haberse efectuado con el cumplimiento de todos los requisitos legales, aunado a que no existe vicio del consentimiento

alguno por error, fuerza o dolo en la afiliación del demandante, debiéndose demostrar judicialmente su nulidad o ineficacia.

En su defensa, propuso las excepciones de validez de la afiliación a Colfondos S.A, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, y prescripción (f.º215).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º234).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A.; que el demandante se encuentra efectivamente afiliado a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenó a OLD MUTUAL S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, a COLPENSIONES junto con los respectivos intereses, rendimientos, y cuotas de administración; ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como a reactivar la afiliación del demandante; a A.F.P. PROTECCIÓN, A.F.P. COLFONDOS, y A.F.P. OLD MUTUAL S.A. a trasladar al R.P.M., las cuotas y/o gastos de administración recibidos en el tiempo en el cual el demandante estuvo afiliado a cada una de ellas; declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación respecto de la condena de trasladar al régimen de prima media, los gastos de administración. Esgrimió, que la misma representaba un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante, más aún cuando ya había trasladado a COLFONDOS S.A los ahorros del actor, que en su momento administró en debida forma.

Indicó, que la Ley 100 de 1993, es clara en establecer las consecuencias de la nulidad del traslado, y que en estos casos solo procede la devolución de los rendimientos, y del ahorro del demandante, para encontrarse debidamente cumplida la obligación.

Agregó, que en el presente caso era aplicable el artículo 1746 del Código Civil, el cual señala las restituciones mutuas, por cuanto el actor es una persona capaz, que sin vicio de consentimiento alguno suscribió el formulario de afiliación respectivo.

COLFONDOS S.A., también interpuso recurso de apelación contra la condena de trasladar los gastos de administración. Señaló que como trasladó de forma oportuna todos los dineros del actor a Skandia S.A., con los correspondientes rendimientos financieros, no había lugar a efectuar nuevamente un traslado de los gastos de administración.

OLD MUTUAL S.A., esgrimió que los gastos de administración corresponden a una imposición normativa que surgió a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, debido a la creación de los fondos privados. Indicó, que los mismos fueron usados para la compra de una póliza que cubriera los riesgos de invalidez y muerte, por lo que el afiliado se benefició de éstos.

Arguyó, que los dineros ya no se encuentran en las arcas de la A.F.P., pues el pago de los gastos de administración corresponde a una obligación de tracto sucesivo, por lo que mensualmente se le pagaba un valor a la aseguradora, desde el momento en que el demandante se afilió al fondo, es decir, desde el año 2014.

Señaló, que los gastos de administración también fueron utilizados para el mantenimiento de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, por lo que ya no están en poder de la A.F.P., así como los dineros de los rendimientos, que, no se hubiesen generado nunca, de no haber estado el actor afiliado al R.A.I.S, como quiera que en el R.P.M. los mismos no existen.

COLPENSIONES, indicó que no compartía el criterio del despacho, por cuanto la declaración de ineficacia del traslado conlleva a consecuencias que afectan su patrimonio, porque si bien existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse ciertos aspectos para el presente caso.

Expresó, que el demandante no estaba exonerado de su deber de ilustrarse respecto de la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido su capacidad para celebrar actos y contratos, y el hecho de que su elección dependía su futuro pensional, por lo que fue negligente frente a este aspecto

Agregó, que el demandante no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al R.A.I.S., como lo era el retracto y la rescisión.

Finalmente, solicitó que se tuviera en cuenta la sentencia C-242 de 2009, de la Corte Constitucional, respecto de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en concordancia con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, como quiera que la declaratoria de ineficacia afecta el patrimonio público.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala

tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad por no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado, por parte de las entidades aquí demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 15 de febrero de 1957 (f.° 21); **ii)** que se afilió al extinto I.S.S., hoy Colpensiones, el 1.° de octubre de 1982 (f.° 173); **iii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Davivir S.A. hoy Protección S.A., el 12 de julio de 1995 (f.° 146); **iv)** que el 17 de agosto de 2001, se trasladó a Colfondos S.A. (f.° 218); **v)** y que el 12 de noviembre de 2013, se trasladó a Skandia S.A, hoy Old Mutual S.A. (f.° 126), por lo que es claro que hizo varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., encontrándose afiliado actualmente a éste último, con un total de 1337.57 semanas, de conformidad con la historia laboral expedida por Old mutual S.A, obrante de f.° 26 a 32.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión

que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

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

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

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

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

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

puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se tiene que el actor, el 12 de julio de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Davivir S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. (f.º 146); que el 17 de agosto de 2001 se trasladó a COLFONDOS S.A. (f.º 218), y el 12 de noviembre de 2013, se trasladó a Skandia S.A., hoy OLD Mutual SA, donde actualmente continúa afiliado, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 126), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la

afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por todo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para

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

declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante, el 12 de julio de 1995, cuando se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad administrado por A.F.P. Davivir SA., hoy Protección S.A., así como las posteriores afiliaciones a Skandia SA hoy OLD Mutual, donde actualmente continúa afiliado, por lo que está última deberá trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y devolución de saldos que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

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

DAVID A. J. CORREA STEER

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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLAUDIA ISABEL RONCANCIO LÓPEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 033 2018 00243 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad del traslado al R.A.I.S., y de la afiliación efectuada en COLFONDOS S.A., por cuanto no existió una decisión libre, informada, verdaderamente autónoma y consiente de parte de ella.

Consecuencialmente, que se condenara a COLFONDOS S.A., y a PROTECCIÓN S.A., a trasladar todos los aportes, junto con los rendimientos a COLPENSIONES; a ésta última, a activar su afiliación en el R.P.M., y a aceptar y recibir el traslado de todos sus aportes; a las demandadas a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las demandadas COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., a las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 25 de julio de 1962; que estuvo afiliada en el R.P.M., en CAJANAL; que en mayo de 2000, se trasladó a COLFONDOS S.A., y que no fue asesorada, ni informada por dicha administradora respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este, y en general, las implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional.

Agregó, que el 14 de febrero de 2018, solicitó la nulidad del traslado ante COLPENSIONES, y que en febrero de 2018, solicitó a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A., que le suministraran copia de los documentos en que constara la afiliación, la información que se le brindó, copia de su historia labora, y una

proyección del mundo de su mesada pensional, pero que ni COLFONDOS S.A., ni COLPENSIONES, le han dado una respuesta.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 9 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 41).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Manifestó, que carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, cuando la demandante se trasladó al R.A.I.S., estaba afiliada en CAJANAL, hoy la U.G.P.P., por lo que es a ésta administradora a quien se le debe solicitar el traslado de régimen, como quiera que no es viable solicitar volver a una administradora la cual nunca estuvo afiliada.

Alegó en su favor, las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas (f.º 50 - 63).

PROTECCIÓN S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Esgrimió, que la afiliación efectuada por la demandante al fondo es válida, al haberse efectuado con el cumplimiento de todos los requisitos legales, y no existió vicio de consentimiento alguno por error, fuerza o dolo en su afiliación con I.N.G., hoy Protección S.A.

Propuso las excepciones de validez de la afiliación al R.A.I.S con Protección S.A., buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, e inexistencia del vicio de consentimiento por error de derecho (f.º 271 - 277).

COLFONDOS S.A., expresó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones y condenas planteadas en la demanda. Arguyó, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias SU - 062 de 2010, y SU - 130 de 2013, y que está inmersa en la prohibición legal de trasladarse, por cuanto le faltan menos de 10 años para adquirir la edad pensional.

Invocó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen la nulidad, prescripción, caducidad, y buena fe (f.º 174 - 200).

En audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Protección S.A., solicitó que se integrara al Litis consorte necesario a Porvenir S.A., dado que, la demandante estuvo afiliada a dicho fondo. Como consecuencia de ello, el *a quo* ordenó la vinculación de PORVENIR S.A., como demandada (Expediente virtual, archivo n.º 24).

En este orden, **PORVENIR S.A.**, contestó con oposición de las pretensiones. Señaló que, éstas se encontraban dirigidas a un tercero ajeno a ella, por lo que no podía emitir pronunciamiento alguno al respecto.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y compensación (Expediente virtual, archivo n.º 28).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 6 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación, efectuada por la demandante el 29 de marzo de 2000 al R.A.I.S. con la A.F.P. COLFONDOS S.A.; declaró que la actora actualmente se encuentra afiliada en forma efectiva al R.P.M. en COLPENSIONES; ordenó a Protección S.A., a realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, comisiones, y cuotas de administración generados durante el periodo de afiliación a su cargo; ordenó a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a pagar de ser el caso las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el R.A.I.S. y su equivalencia en el R.P.M., los cuales será asumidos a cargo de su propio patrimonio, incluyendo los gastos o cuotas de administración y comisiones generadas durante el periodo en el que la accionante estuvo afiliada a cada una de ellas; conminó a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias para obtener el pago de tales sumas si a ellas hubiere lugar, lo cual incluye gastos de administración y comisiones previamente referidas; declaró no probada la excepción de prescripción e inexistencia del derecho respecto de la pretensión de ineficacia del traslado, y condenó en costas a COLFONDOS, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Dijo, que al momento de la solicitud del traslado la demandante no contaba con una expectativa legítima.

Señaló, que contrario a lo manifestado por el juez, la aquí demandante no es un afiliado lego, debido a que es una profesional del derecho que conoce expresamente la ley y sus consecuencias.

Igualmente, indicó que la actora ratificó su deseo de permanecer en el R.A.I.S., debido a los múltiples traslados horizontales que efectuó dentro del mismo, por lo que no resulta viable que en sede litigiosa pretenda sustraerse del comportamiento que realizó por más de 20 años.

Sobre la restitución integral de los valores efectivamente pagados, solicitó que se tuviera en cuenta que por la gestión profesional que desarrolló la A.F.P. se generaron unos actos de administración que tuvieron como consecuencia directa el incremento de los aportes que realizó la accionante, por lo que no existe fundamento para que se exija tal restitución, pues se configuraría un enriquecimiento sin causa para la accionante.

PORVENIR S.A., esgrimió no estar de acuerdo con la orden emitida por el juez a la A.F.P. de pagar las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado por la actora en el R.A.I.S., y su equivalencia en el R.P.M., por tratarse de una condena que desborda las atribuciones de los jueces, teniendo en cuenta que la misma no se mencionó ni en la fijación del litigio, ni en el escrito de demanda, aunado a que en la parte motiva de la sentencia no se explicó el motivo por el cual la A.F.P., tendría que asumir estas diferencias pensionales.

Sobre los gastos de administración, señaló que los mismos no eran susceptibles de restitución, por cuanto la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, y de la Sala Civil de la Corte Suprema de

justicia, ha sido clara en establecer que las obligaciones de tracto sucesivo no son susceptibles de restitución.

Arguyó, que en la presente caso se decretó la ineficacia y no la nulidad, y que en los términos de la sentencia C-345 de 2017, la consecuencia jurídica es dejar sin efecto la afiliación, por tanto era desacertada la tesis de que los gastos de administración debían restituirse, por no ser una consecuencia de la ineficacia retrotraer las cosas a su estado original.

Aseveró, que la excepción de prescripción si debió prosperar respecto de los gastos de administración, por cuanto los mismos no están sujetos a la imprescriptibilidad por tratarse de emolumentos económicos que no hacen parte del derecho a la pensión.

PROTECCIÓN S.A., solicitó que fuera revocado el fallo de primera instancia en su totalidad.

Arguyó, que el *a quo* impuso condenas que no fueron objeto de la fijación del litigio, por cuanto en ésta solo estableció si había lugar o no a declarar la nulidad de la afiliación de la demandante; si debía darse la restitución de los aportes y rendimientos, y si en consecuencia, habría lugar a realizar la activación de la afiliación en el R.P.M., por lo que le llamaba la atención el hecho de que se determinaran eventuales perjuicios que surgieran a raíz del proceso de ineficacia del traslado.

Sobre la declaratoria de nulidad, indicó que existían varias contradicciones en el fallo proferido, como quiera que en éste se dijo que el fondo primigenio COLFONDOS S.A., no le informó sobre las consecuencias que tendría su traslado, pero que el juez señaló que la demandante efectuó una confesión de que recibió “una asesoría

muy pequeña”, y que si bien, a su manera de ver ésta fue pequeña, lo cierto es que sí la recibió, aunado a que no se tuvo en cuenta que la demandante es una profesional del derecho y juez de la república.

Señaló, que el juez de primera instancia interpretó de manera fragmentada las decisiones de la Honorable Corte Suprema de Justicia para adecuarlas al presente caso, y dijo que no existía soporte legal alguno para la condena de los gastos de administración.

COLPENSIONES, indicó que pese no había una condena directa en su contra, interponía recurso de apelación, respecto de lo dispuesto por el juez de conminar a la entidad a establecer los mecanismos procesales y administrativos que permitieran determinar los posibles perjuicios, dado que en este momento no se puede saber a cuánto ascienden, estas sumas de dinero, pues solamente a futuro se sabrá si se afectará o no el patrimonio de la entidad.

Adujo que, la demandante no tenía expectativa legítima por cuanto la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que, en el presente caso, no procedía la inversión de la carga de la prueba, y era a la demandante a quien le correspondía probar el vicio de consentimiento que alegó.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en

aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 25 de julio de 1962 (f.º 13); **ii)** que estuvo afiliada a la extinta CAJANAL desde el 1.º de enero de 1993; **iii)** que el 29 de marzo de 2000, se trasladó a COLFONDOS S.A. (f.º 202); **iv)** que el 31 de julio de 2006, se trasladó a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad a partir del 1.º de

septiembre de 2009 (Expediente virtual, archivo n.º 26); que el 27 de junio de 2008, se trasladó a I.N.G. S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. (f.º 22), por lo que es claro que hizo varios traslados entre administradora del R.A.I.S., encontrándose actualmente afiliada a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1272 semanas cotizadas conforme a la historia laboral obrante de f.º 33 a 39 expedida por dicha A.F.P.

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara

que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia

si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se tiene que la actora, el 29 de marzo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A.; que el 1 de julio de 2006 se trasladó a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., y el 27 de junio de 2008, se trasladó a I.N.G. S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., donde actualmente continúa afiliado, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 22), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no 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 lo anteriormente expuesto, Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante, el 29 de marzo de 2000, cuando se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., así como las posteriores afiliaciones a PORVENIR S.A., y a PROTECCIÓN S.A., donde actualmente continúa afiliada, por lo que está última deberá trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y devolución de saldos que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

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 6 de noviembre de 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA STELLA SÁNCHEZ RODRÍGUEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 035 2019 00013 01

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada - Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 28 de mayo de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condenara a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, a partir del 20 de abril de 2007; los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; todo derecho prestacional o pensional que llegase a probarse en el curso del proceso, y a las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 26 de diciembre de 1950; que es beneficiaria del régimen de transición, como quiera que para el 1.º de abril de 1994, cumplía con el requisito de la edad; que en su historia laboral aparecen reportadas un total de 1083 semanas de cotización, desde diciembre de 1969 hasta mayo de 2018, pero que la misma adolece de inconsistencias, por lo que no se reportaron los periodos correspondientes a agosto y septiembre de 1996, equivalente a 9 semanas, de marzo de 1999, equivalente a 4.29 semanas, y de octubre de 2000, equivalente a 4.29 semanas; que si se corrigiera su historia laboral, registraría un total de 1100 semanas, de las cuales 505, corresponderían a los aportes efectuados dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 26 de diciembre de 1985, y el 26 de diciembre de 2005; que cumplió los 55 años el 26 de diciembre de 2005; que el 20 de abril de 2007, solicitó el reconocimiento de su pensión, pero que mediante Resolución n.º 021827 de 2007, el I.S.S. se la negó, bajo el argumento de que no reunía los requisitos para causar la pensión; que el 9 de octubre de 2018, en Resolución n.º SUB 264579 Colpensiones nuevamente le negó la pensión, y que si bien existen deudas en el pago de las cotizaciones no son a instancia de ella, por cuanto las administradoras de pensiones disponen de mecanismos para hacer efectivos los pagos de las presuntas deudas en que incurran los empleadores, y responsables de aportes al sistema.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 14 de febrero de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Expediente virtual, archivo n.º 1, pág. 70).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Adujo, que la demandante no conservaba el régimen de transición, debido a que no acredita las 750 semanas exigidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual no tiene derecho a la pensión de vejez con aplicación del régimen de transición.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, y prescripción (Expediente virtual, archivo n.º 1, pág. 75 - 80).

LA AGENCIA NACIONAL JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 28 de mayo de 2020, condenó a Colpensiones a reconocerle a la actora, la pensión de vejez a partir del 20 de abril de 2007, y a pagársela a partir del 1.º de julio de 2018, en cuantía inicial de \$781.242; a cancelarle la suma de \$19.695.727, por retroactivo pensional causado durante el periodo comprendido entre el 1.º de julio de 2018, y el 31 de marzo de 2020; a reconocerle, a partir del 1.º de abril de 2020, la mesada debidamente ajustada con sus

respectivos reajustes legales, y mesadas adicionales a que haya lugar, suma que para abril de 2020 asciende a la suma de \$877.803, y al pago de los intereses moratorios, desde el 1.º de agosto de 2018, sobre el valor de cada una de las mesadas pensionales causadas desde el 1.º de julio de 2018; declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a Colpensiones.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar, si la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto de dicho reconocimiento dependía la prosperidad de las demás pretensiones, e indicó que como la actora para el 1.º de abril de 1994, contaba con 44 años de edad, si estaba cobijada por el mismo hasta el 31 de diciembre de 2014, dado que para el 31 de julio de 2010, acreditó un total de 793 semanas cotizadas.

Sobre la pensión de vejez, señaló que con la documental allegada al proceso, se acreditó que efectivamente la demandante cumplía los requisitos consagrados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, dado que cumplió 55 años de edad el 26 de diciembre de 2005, y en su historia laboral se reportó un total de 1087.20 semanas cotizadas. Aclaró, que la pensión debía ser reconocida desde el mismo 26 de diciembre de 2005.

Respecto del monto de la misma, esgrimió que conforme a las previsiones del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, debía tenerse en cuenta una tasa de reemplazo del 78%.

Sobre el I.B.L., indicó que como a la demandante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban mas de 10 años para adquirir el derecho, se debía acudir a lo establecido en el artículo 21 *idem*, y que, una vez efectuadas las operaciones matemáticas del

caso, se obtuvo como primera mesada pensional la suma de \$781.242.

Indicó, que tenía derecho a la mesada 14, teniendo en cuenta que para el 29 de julio de 2005, la demandante se encontraba inmersa en la excepción del párrafo transitorio n.º 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, por cuanto su pensión se causó antes del 31 de julio de 2011, en un monto inferior a los 3 S.M.L.M.V.

Finalmente, arguyó que la demandante tenía derecho a los intereses moratorios, por cuanto la pensión en el presente caso debió ser reconocida en agosto de 2018, así, aclaró que los mismos debían ser reconocidos a partir del primer día de ese mismo mes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Esgrimió, que la demandante si bien para el 1.º de abril de 1994, tenía 44 años, y que en principio, podría decirse que es beneficiaria del régimen de transición, debía tenerse en cuenta que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo n.º 01 de 2005, se estableció que quienes cumplieran los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y además tuvieran más de 750 semanas cotizadas o más, para el 25 de julio de 2005, se les extendería este régimen hasta el 31 de diciembre de 2014, pues de lo contrario, solo iría hasta el 31 de julio de 2010, para concluir, que como la accionante contaba con 684 semanas cotizadas para la entrada en vigencia del mencionado Acto, conservó el régimen de transición, solo hasta el 31 de julio de 2010.

Expresó, que la demandante no acreditó el requisito establecido en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, de contar con un mínimo

de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años al cumplimiento de las edades mínima de cotización, o haber acreditado un mínimo de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, como quiera que para el 26 de diciembre de 2005, día en el que cumplió 55 años, solo acreditó un total de 498.86 semanas cotizadas en el I.S.S., y para 31 de julio de 2010, solo tenía 805 semanas cotizadas, y que arribó a tal conclusión, teniendo en cuenta incluso los periodos respectos de los cuales, la demandante afirmó en su demanda que no habían sido incluidos en su historia laboral.

Sobre el estudio realizado por el *a quo* de la mesada 14, arguyó que, si bien el mismo se efectuó para efectos de determinar la mesada 24, lo cierto es que dicho concepto solo es para quienes antes de publicado el Acto Legislativo, ya estuvieran pensionados o hubieran adquirido su derecho pensional, situación que no acreditó la demandada.

Finalmente indicó, que no debió condenarse a la entidad al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para luego establecer, si le asiste o no el derecho a la pensión de vejez regulada por el Acuerdo 049 de 1990; así como también, si tiene derecho o no, al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que quienes, a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, esto es, para el 1.º de abril de 1994, tuvieran 35 años o más de edad en el caso de las mujeres, y 40 años o más en el caso de los hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, podrían adquirir la pensión de vejez con los requisitos de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto del régimen que les era aplicable para esa fecha, siempre que cumplieran uno o ambos de los requisitos descritos.

No obstante, en el Acto Legislativo 01 de 2005, se establecieron las condiciones para que las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición lo conservaran:

Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

[...] Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.

De la disposición citada con antelación, se colige que son beneficiarios del régimen de transición: **i)** quienes para antes del 31 de julio de 2010, hayan causado su derecho pensional, conforme a las disposiciones previstas del régimen que les fuera aplicable, **ii)** y aquellos que, pese no haber causado su derecho pensional, cumplieran con los requisitos exigidos para la prórroga de la transición, esto es, tener al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo, 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de

servicios, pues de ser así, conservarían el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

Aclarado lo anterior, debe decirse que el juez de primera instancia interpretó de manera errónea el Parágrafo transitorio n.º 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, por cuanto estableció que la demandante conservó el régimen de transición, debido a que para el 31 de julio de 2010, contaba con más de 750 semanas cotizadas, pese a que como se aclaró, dicho requisito debía acreditarse a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, esto es, para el 29 de julio de 2005.

Aunado a ello, esgrimió que en el año 2014, la actora cumplió los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, debido a que tenía más de 55 años de edad, y acreditaba un total de 1087.29, cuando la disposición transcrita es clara en establecer que para ser beneficiario del régimen de transición, se deben cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios conforme al régimen pensional que le fuera aplicable antes del 31 de julio de 2010.

Ahora bien, en el presente caso se tiene que: **i)** la demandante nació el 26 de diciembre de 1950, por lo que cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del año 2005; **ii)** que acumuló un total de 1087.29 semanas cotizadas en toda su vida laboral; **iii)** que a 1.º de abril de 1994, momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 44 años de edad (Expediente virtual, archivo n.º 1, f.º 19) ; **iv)** que a 31 de julio de 2010, contaba con un total de 805 semanas cotizadas (Expediente virtual, archivo n.º 3, f.º 111); **v)** y que a 29 de julio de 2005 no contaba con 750 semanas, ya que solo había cotizado 663.10 semanas (Expediente virtual, archivo n.º 3, f.º 111).

De lo anterior, se desprende que la demandante tenía 44 años para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que en

principio sería beneficiaria del régimen de transición por edad. No obstante, como alcanzó los 55 años el 26 de diciembre de 2005, debió consolidar las 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 29 de julio de la misma anualidad.

Al revisar la historia laboral de la demandante, se evidencia que para el 29 de julio de 2005, cotizó un total de 663.10 semanas, por lo que es claro que perdió el derecho al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues le faltaron 86.90 semanas para alcanzar las 750 semanas requeridas. Ahora bien, si en gracia de discusión, se tuvieran en cuenta las semanas que la actora indicó en el hecho quinto de su escrito de demanda, que no le fueron reportadas en su historia laboral, esto es, 9 semanas correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 1996, 4.29 semanas de marzo de 1999, y 4.29 semanas de octubre de 2000, para un total de 17.58 semanas, tampoco acreditaría las 750 semanas, como quiera que solo alcanzaría un total de 680.68 semanas.

En este orden, es claro para esta sala que la actora perdió el régimen de transición, por lo que no puede pretender adquirir su pensión de vejez bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990, pues para el 31 de julio de 2010, no causó su derecho a la pensión, y a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, tampoco tenía 750 semanas de cotización, ni si equivalente en tiempo de servicios. Por todo lo anterior, habrá de **revocarse** la sentencia apelada.

Finalmente, en virtud de las resultas del presente proceso, al absolver a la entidad demandada de las pretensiones incoadas en su contra, esta Sala de decisión se releva de estudiar lo concerniente al punto de controversia sobre los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Sin costas en las instancias ante su no causación.

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

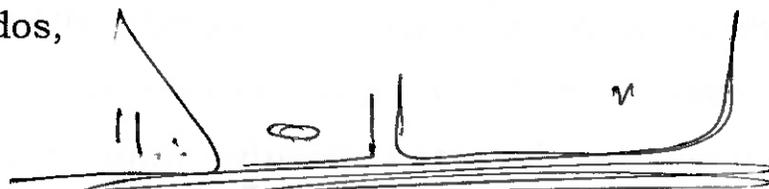
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de mayo de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera estarán a cargo de la parte 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 **MARÍA SUANNY MONTOYA PÉREZ** contra el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

EXP. 11001 31 05 035 2019 00144 01.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 16 de junio de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, es el obligado al pago de la pensión causada por el señor Oscar Antonio Alegrías Carrejo.

Consecuencialmente, que se condenara al demandado al reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada pensional; al pago de los incrementos pensionales ordenados por la Ley 6 de 1992 y por el Decreto 2108 de 1992; de las diferencias de pensión resultantes entre los montos de pensión indexadas y las demás mesadas pensionales, desde cuando el señor Alegrías adquirió la calidad de pensionado, y a las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en que el señor Oscar Antonio Alegrías Carrejo, laboró para el extinto Fondo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en calidad de trabajador oficial, desde el 16 de abril de 1968 hasta el 23 de julio de 1987, esto es, por 19 años y 13 días; que devengó un salario de \$123.008.35; que mediante Resolución n.º 328 de 24 de febrero de 2003, le fue reconocido el derecho a la sustitución pensional, pero que no se tuvo en cuenta el promedio devengado en el último año de servicios por el señor Oscar Antonio Alegrías Carrejo, por lo que solicitó la indexación de la primera mesada pensional, la cual fue rechazada, y que mediante Resolución n.º 2016-220-0022873-2, le fue negado el reconocimiento de los derechos contenidos en la Ley 6.^a de 1992.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 10 de mayo de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Expediente virtual, archivo n.º 1, pág. 49).

EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Manifestó, que mediante Resolución n.º 328 de 24 de febrero de 2003, reconoció una pensión especial de jubilación al señor Oscar Antonio Alegrías Carrejo, conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Convención Colectiva de marzo de 1978, la cual fue transmitida a la demandante como pensión de sobrevivientes, en un 100%, por su condición de compañera permanente del causante, por el valor de \$1.080.715.23. Al respecto, indicó que al momento de reconocer dicha prestación pensional, tuvo en cuenta el verdadero salario promedio de liquidación, el cual se indexó desde la fecha de terminación del contrato de trabajo y hasta el año 2003.

De otra parte, esgrimió que la actora no tiene derecho al reajuste previsto en la Ley 6.^a de 1992, como quiera que el señor Oscar Antonio Alegrías Carrejo, para la fecha en que falleció, esto es, el 23 de julio de 1987, no ostentaba la calidad de pensionado.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, y compensación. (Expediente virtual, archivo n.º 1, pág. 54 - 60).

LA AGENCIA NACIONAL JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio. (Expediente virtual, archivo n.º 1, pág. 72).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 16 de junio de 2020, absolvió al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción denominada inexistencia de las obligaciones reclamadas, y condenó

en costas a la demandante.

Indicó, que la indexación de la primera mesada pensional no era procedente, por cuanto la pensión de jubilación le fue reconocida al señor Oscar Antonio Alegrías Carrejo, al día siguiente de su fallecimiento, sin que haya transcurrido un tiempo considerable entre su reconocimiento y disfrute, que si a la actora se le empezó a pagar dicha prestación a partir del año 2002, fue debido a la falta de reclamación de esta, pues la pensión ya había sido reconocida de tiempo atrás.

Sobre la reliquidación de la pensión, indicó que no era posible el estudio de dicha pretensión teniendo en cuenta que la misma fue reconocida en virtud de lo establecido en el inciso 2.º del artículo 11 y el artículo 5.º de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1.º de marzo de 1978, y que como la misma no fue aportada al proceso, no era posible determinar si existían factores salariales que hayan sido omitidos al momento de la liquidación de la prestación.

Respecto de los incrementos pensionales previstos en el artículo 116 de la Ley 6.ª de 1992, y el Decreto 2108 del mismo año, esgrimió que los trabajadores del extinto Fondo De Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia se regían por las normas relativas a los trabajadores particulares, y que la citada disposición solo le era aplicable a quienes ostentaban la calidad de empleados públicos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Esgrimió, que con

los documentos aportados se podía comprobar que la actora tenía derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

Arguyó, que si bien era cierto que no se había aportado la Convención Colectiva del Trabajo, el juez pudo haberla solicitado al Ministerio del Trabajo.

Expresó, que ha habido varias sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde se ha determinado que si es viable la indexación de la primera mesada pensional, así como en la sentencia SU-1072 de 2003, de la Corte Constitucional.

Finalmente, aseveró que al señor Oscar Antonio Alegría le fue reconocida la pensión de vejez mediante la Resolución 328 del 24 de febrero de 2003, y que la misma, no está acorde con el último salario devengado por el trabajador.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandante, se tendrá en cuenta la previsión del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por los recurrentes. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico verificar si hay lugar o no, a indexar el salario promedio base de liquidación de la primera mesada pensional, correspondiente a la pensión de vejez especial que se le reconoció al señor Oscar Antonio Alegría, al momento de su fallecimiento.

DE LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL DEL CAUSANTE, Y DE LA DEMANDANTE, EN CALIDAD DE CÓNYUGE SUPÉRSTITE.

La indexación de la primera mesada pensional se aplica a todas las pensiones reconocidas en cualquier tiempo, sin interesar si son de origen convencional o legal, porque la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, a consecuencia de la inflación, es un fenómeno que afecta por igual a todos los jubilados del país, tal como lo ha considerado la Corte Constitucional, y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SU-1073 de 2012, SU-131 de 2013, SL 2382-2018 y SL 2424-2018, respectivamente.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, es evidente que procede la indexación de la primera mesada pensional, para que el pensionado no sufra las consecuencias de la depreciación de la moneda, sin embargo, la misma debe ser reconocida cuando existe un período de tiempo considerable entre la terminación del contrato y el disfrute de la pensión.

En el presente caso, no fue objeto de discusión que mediante Resolución n.º 328 del 24 de febrero de 2003, se le reconoció una pensión especial de jubilación por vejez, de carácter convencional, al señor Oscar Antonio Alegrías Carrejos, y que se dispuso que la prestación sería tramitada como pensión de sobrevivientes, a favor de la aquí demandante, teniendo en cuenta su condición de compañera permanente del causante, así como que la misma fue reconocida por un valor de \$1.080.715.23, con los respectivos ajustes anuales, y a partir del 22 de enero de 2000. (Expediente virtual, archivo n.º 5, f.º 8 - 15).

Entonces, en la mentada Resolución, se estableció que la efectividad inicial del derecho de sustitución pensional sería desde el 23 de julio de 1987, esto es, el mismo día en el que el señor Oscar Antonio Alegrías Carrejo falleció, como se constata con el registro de defunción aportado al proceso (f.º 154).

Así las cosas, como al causante se le reconoció la pensión especial de jubilación por vejez, antes mencionada, de manera concomitante al momento en que se produjo su fallecimiento, no hay lugar a la indexación de la primera mesada pensional, por cuanto no hubo un paso del tiempo dentro del cual se pudiera predicar una notoria pérdida del poder adquisitivo de la moneda o una desmejora en la cuantía de su pensión de jubilación, que abra paso a considerar la posibilidad de actualizar el valor de la mesada pensional; conforme a lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la reciente sentencia SL-1319 de 2020.

Resulta necesario precisar que, si a la actora le fue reconocido el derecho a la sustitución pensional desde el 22 de enero de 2000, pese haberle sido reconocida la pensión de vejez al señor Oscar Antonio Alegrías Carrejo, desde el 23 de julio de 1987, fue como bien lo adujo el *a quo*, debido a la falta de reclamación de la parte actora, pues solo hasta el día 17 de abril de 2002, radicó solicitud formal de reconocimiento y pago de la sustitución pensional (Expediente virtual archivo n.º 1, pág. 161-162); la misma fue negada mediante Resolución n.º 930 de 15 de mayo de 2002 (Expediente virtual archivo n.º 1, pág. 161 - 162), por lo que volvió a presentar la solicitud el 21 de enero de 2003 (Expediente virtual archivo n.º 1, pág. 188-199), y finalmente, la demandada expidió la Resolución n.º 328 de 2003, en la cual dispuso el reconocimiento y pago de la pensión especial de jubilación por vejez, transmitida como pensión de sobrevivientes a la

aquí accionante, considerando el fenómeno prescriptivo acaecido respecto de las mesadas pensionales causadas antes del año 2000.

Por lo que sobre este punto, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

Ahora bien, respecto de la aseveración hecha por la parte demandante de que el salario establecido en la Resolución n.º328 de 2003, no concuerda con el último salario devengado por el actor, comparte esta sala la apreciación hecha por el *a quo* de que como no fue aportada al proceso la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1.º de marzo de 1978, no es posible determinar si se omitieron factores salariales al momento de la liquidación de la pensión.

Lo anterior, por cuanto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples providencias, ha explicado que la Convención Colectiva tiene el carácter de acto solemne, por lo que su prueba está sujeta a que se acredite que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para que se constituya en un acto jurídico válido, con poder vinculante; de modo que, si tal documento no se aporta al proceso, o incluso se acompaña de manera completa no podrá el juez del trabajo concluir que se acreditó la existencia del mismo, y consecuentemente, le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva (CSJ SL, 24 abr. 2013 rad. 43043, SL8718-2014 y SL378-2018).

Por lo que sobre este tópico, se **confirmará** la sentencia apelada.

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,

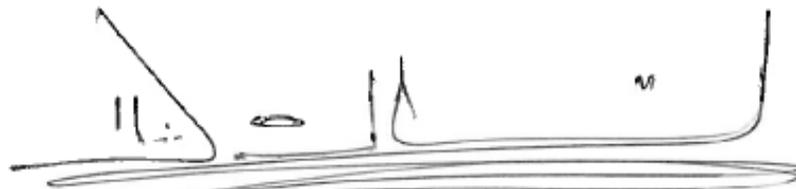
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de junio de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA