

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Alejandra María Henao Palacio.

Magistrada sustanciadora

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

I. ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto en el fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela **STL 2851-2021** radicación **62458** el 17 de marzo del 2021, notificado el 24 del mismo mes y año, mediante el cual se decidió dejar sin efecto la decisión tomada el 31 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral tramitado bajo el radicado No **11001310501920170060401** que **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, procede como corresponde la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**, **DAVID A.J. CORREA STEER** y **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las demandadas **Colpensiones** y **Colfondos S.A.**, y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de agosto de 2020 dentro del proceso reseñado en precedencia.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que interesa para resolver la instancia, la parte actora pretende se declare la nulidad del traslado realizado al RAIS a través de la A.F.P. COLFONDOS, por cuanto existió un error de hecho que vició el consentimiento del demandante. Como consecuencia de ello, se condene a Colfondos a devolver a Colpensiones todas las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante y a esta última a registrar y activar su afiliación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, la presunta falta de información al demandante, de parte de la AFP Colfondos S.A, al momento de efectuarse el correspondiente traslado.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 160-181). Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción y la innominada o genérica.

Expuso que esa entidad no tuvo injerencia alguna en el traslado que efectuara el actor a COLFONDOS , que en el año 2000 no se encontraba inmerso en ninguna prohibición legal para hacerlo y que no fue demostrada la existencia de algún vicio del consentimiento al momento de la afiliación; indica que debe tenerse en cuenta que el demandante permaneció por más de 17 años en el RAIS, lo que lleva a concluir que quería permanecer en este.

Aduce que al demandante le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, con lo que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen, además que no contaba con 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994, con lo que el traslado al RPM resulta improcedente.

Finalmente, menciona que la demandante también tenía deberes, como lo es el de informarse respecto del contrato que en su momento estaba suscribiendo de forma voluntaria, toda vez que la ley le da herramientas para ello, tal como el derecho de retracto, el cual no ejerció.

Por su parte, **COLFONDOS S.A. (fls. 183-228)**, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, innominada o genérica, compensación y pago, prescripción, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, inaplicabilidad legal, mala fe por parte del demandante y ratificación de la afiliación de la parte actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.

Adujo que el actor está incurso en la prohibición legal de traslado, dado que nació el 06 de junio de 1957 y tampoco cumple con el requisito de semanas cotizadas para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

De otro lado, menciona que esa entidad le informó a la demandante de manera adecuada y completa, con anterioridad a su vinculación, acerca de

las condiciones bajo las cuales operaba el RAIS, además que con la suscripción del formulario la actora dejó constancia que su elección fue realizada de manera libre, espontánea y sin presiones, formulario que se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto, además de que la demandante no hizo uso del derecho de retracto que la ley le concede.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La **A quo** dictó sentencia condenatoria así:

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado del señor Gustavo Caicedo Pérez identificado con C.C. No. 4.938.587, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías Nit. 800149496-2, realizado el día 03 de marzo del 2000, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - DECLARAR válidamente vinculada al demandante Gustavo Caicedo Pérez identificado con C.C. No. 4.938.587, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, desde el 05 de febrero de 1990, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - CONDENAR a la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías Nit. 800149496-2 a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Gustavo Caicedo Pérez identificado con C.C. No. 4.938.587, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. - ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. (...) ”

En síntesis, consideró, que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la A.F.P.s, deben brindar al potencial afiliado una información transparente, que le permita a este elegir, entre las distintas opciones del mercado, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, es decir, describiéndole las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, implicando una comparación entre sus características, desventajas objetivas, así como las consecuencias del traslado, de modo que el afiliado conozca con exactitud el manejo de los sistemas pensionales y las modalidades de las pensiones.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

Aduce que el deber en mención es muy riguroso, pues de su ejercicio depende una importante situación como es la protección de la vejez, invalidez y la muerte, de manera que la aseveración del afiliado de no haber recibido una información, clara, completa y veraz corresponde a un supuesto negativo que solo puede ser desvirtuado por la AFP mediante prueba que acredite que se cumplió con esa obligación.

Indica que esa interpretación jurisprudencial no sufre variaciones cuando los afiliados no son beneficiarios del régimen de transición como acontece en el presente asunto, pues las A.F.P.s, tienen la obligación de dar a los afiliados la información suficiente para que estos tomen la decisión adecuada, sin que la AFP Colfondos hubiere probado que cumplió con ese deber de haber entregado al afiliado una información veraz y completa para que este hubiera elegido el mejor régimen para obtener la pensión y aunque fue allegado el formulario de afiliación suscrito por el demandante, este no es suficiente para dar por demostrado ese deber de información, pues si bien acredita el consentimiento no demuestra que el mismo haya sido informado.

Finalmente, refiere que la declaración de ineficacia de afiliación al régimen pensional es imprescriptible como quiera que se trata de una pretensión declarativa y los derechos que de ella emanan forman parte de los derechos irrenunciables a la seguridad social.

4. APELACIÓN

COLFONDOS S.A..

Indica, que el cobro de los gastos de administración se encuentran contemplados en el artículo 4 de la Ley 100 de 1993, el cual regula el cobro de las comisiones en razón a que en el RAIS se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, por lo que el permanecer en el RAIS le permitió al demandante tener rendimientos respecto de los dineros que ha cotizado en su cuenta de ahorro individual, por lo que en razón a la ineficacia aquí declarada, sería pertinente que el demandante devolviera los rendimientos puesto que de tener dichas cotizaciones en el RPM no hubieran generado rendimientos al no ser la funcionalidad de este último régimen.

COLPENSIONES.

Señaló que, Indica que el traslado se efectuó con plena voluntad del cotizante quien fue el que solicitó el traslado suscribiendo el formulario para efectuar el mismo, además que la ley establece la libre escogencia entre regímenes pensionales, sin que pueda predicarse la existencia de un vicio

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

del consentimiento, además que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de este.

Adicionalmente menciona que por razones financieras y de estabilidad del sistema este derecho se limitó cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo para aquellos quienes tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema de pensiones.

5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 14 de enero de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante auto del 08 de junio del 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron aquello expresado en su demanda y contestación, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 21 de julio del 2020 se fijó como fecha para adoptar la decisión de fondo el 31 del mismo mes y año.

Llegada la fecha señalada, se profirió fallo de instancia, en el cual, la mayoría de la Sala decidió:

"PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de EFICACIA DE LA AFILIACIÓN para con ello absolver a las demandadas.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora.
(...)"

Decisión que se tomó por la mayoría de la Sala, atendiendo los argumentos allí expuestos, y la misma fue objeto de recurso extraordinario de casación, el cual, mediante proveído del 10 de noviembre de 2020 fue negado por extemporáneo.

6. DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El demandante Caicedo Pérez interpuso acción de tutela en contra de la decisión tomada por la colegiatura en segunda instancia. Su conocimiento fue avocado por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia bajo el número de radicación 62458, dentro de la cual, se profirió fallo de fecha 17 de marzo de 2021, en el que se dispuso:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

“PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de GUSTAVO CAICEDO PÉREZ.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 31 de julio de 2020, proferida por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, para que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: EXHORTAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente. (...)”

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 la Sala procede a acatar el mandato realizado por vía de tutela, atendiendo los argumentos expuestos por el Superior, como a continuación se pasa a indicar.

De la ineficacia del traslado

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada si es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapas acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

	derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015. Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible. 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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado.

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

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.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.”

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) 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.”

De lo anterior puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En cuanto a que la demandante debía conocer la ley o en otras palabras que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, dicho principio del derecho no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular.

e) En lo que respecta al argumento referente a que la decisión tomada por la Jueza de Primera Instancia **descapitaliza el fondo y afecta el principio de sostenibilidad financiera**, a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, tal afirmación no es cierta como pasa a verse:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

EL CASO CONCRETO

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., el día 05/02/1990 (fls. 177-179); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. el día 03/03/2000 (fl. 112, 211-212), y iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 28/06/2017 (fl. 112) pero le fue negada la posibilidad por las demandadas.

A folios 112 y 211 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 03 de marzo de 2000 con Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *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

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Colfondos S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

Por lo expuesto, resultada 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.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."

Frente a la inconformidad de la demandada apelante Colfondos S.A. respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, 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."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

"De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los correspondientes valores que percibieron como cuotas de administración y comisiones, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional 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”.*

Por las razones expuestas en precedencia, debe concluir la Sala que, le asistió la razón al juez de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y su consecuente orden de proceder a la devolución de aportes y demás emolumentos motivos por los cuales se CONFIRMARÁ en su integridad la sentencia venida en apelación.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la providencia consultada y apelada, en CUMPLIMIENTO de lo ordinado por la Sala de Casación Laboral de la H,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2017 00604 01

Demandante: **GUSTAVO CAICEDO PÉREZ**

Demandado: **COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**

Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de marzo de 2021, proferida dentro de la acción de tutela con radicado No. 62458.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER