

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Alejandra María Henao Palacio.
Magistrada sustanciadora

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

Discutido y Aprobado según Acta No 009

I. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, se encuentra posesionada en el cargo a partir del 19 de marzo del año que avanza, atendiendo la licencia otorgada a la Magistrada Dra. Rhina Escobar Barboza por la Sala de Gobierno de la H. Corte Suprema de Justicia.

II. 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 3200-2020** radicación **57802** el 18 de marzo del 2020, notificado el 16 de abril del mismo año, el cual dejó sin efecto la decisión tomada el 21 de agosto de 2019 dentro del proceso **No. 11001310502020180037901** que **ARMANDO PADILLA ROMERO** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, el cual fue confirmado por la Sala de Casación Penal de la mentada Corporación, mediante providencia del 30 de junio del 2020, procede 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, y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de abril de 2019 dentro del proceso reseñado en precedencia.

III. 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 Porvenir S.A.. Como consecuencia de ello solicita se condene a Porvenir S.A. a efectuar el traslado al RPMPD administrado por Colpensiones, que se trasladen los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual junto con todos sus rendimientos y que esta última admita dicho traslado.

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

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 120-144). Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Adujo, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el demandante no contaba con 40 años de edad (pues tenía para dicha data 33 años) ni acreditaba los 15 años de servicios, por lo que no es beneficiario del régimen de transición y por ende no contaba con una expectativa legítima de pensión.

Adicionalmente indicó que de un estudio de la historia laboral del accionante y de los formatos CLEBs aportados se evidencia que antes de su traslado al RAIS en el año 1994 se encontraba afiliado al FONCEP hasta el 13 de julio de 1994 y previamente no se encontraba afiliado a Colpensiones.

Finalmente, refirió que fue el demandante por decisión propia quien solicitó el traslado de régimen suscribiendo para ello los formularios pertinentes y que no realizó el traslado que le permite hacer la ley teniendo en cuenta el límite de 10 años antes del cumplimiento de la edad mínima para pensionarse.

Por su parte, **PORVENIR S.A. (fls. 155-192)**, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Señaló que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien manifiesta por escrito su

elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción del formulario de afiliación al respectivo fondo, ya que con la firma impuesta en la misma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual.

Adujo que la información suministrada a los afiliados al RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, además, que no es aceptable alegar, como lo hace el demandante, su propio error o culpa

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **A quo** dictó sentencia condenatoria:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia y/o nulidad de la afiliación efectuada por el señor ARMANDO PADILLA ROMERO a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS HOY PORVENIR S.A. realizada el 9 de agosto de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la sociedad PORVENIR S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado ARMANDO PADILLA ROMERO, junto con los rendimientos financieros causados con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE. (...)”

Para arribar a la anterior decisión, estimó que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia existe ineficacia de la afiliación cuando la insuficiencia de la información genera lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, que no es suficiente la simple suscripción del formulario sino que debe cotejarse con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad, y que en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a la administradora de fondo de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, en los que deben constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en derecho pensional.

Indicó que comparte la tesis respecto a la inversión de la carga de la prueba, la cual aplica a todos los procesos de nulidad en aras de no vulnerar el derecho a la igualdad, por lo que es la Administradora de Fondos de Pensiones que hizo el traslado la que debe allegar las probanzas y como quiera que en el presente asunto la AFP Porvenir no cumplió con la carga

dinámica de la prueba, concluye que faltó al deber de información y por lo tanto no le era permitido realizar el cambio de régimen de la demandante.

En cuanto a los vicios del consentimiento mencionó que era necesario que Porvenir S.A. hubiera demostrado que el asesor no desplegó una conducta dolosa o maliciosa al momento de suscribir el formulario de afiliación, ya que se encuentra acreditado que el demandante estuvo vinculado al ISS por 14 días una vez ingresó a laborar a la Fiscalía General de la Nación en el año 1994, previa su afiliación a Porvenir, tal como se desprende de los documentos obrantes a folios 89 y 165 del plenario, por lo que no le asiste razón a Colpensiones en el sentido de indicar que el actor no estuvo vinculado a dicha entidad máxime cuando en la historia laboral aparece dicho reporte.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción la declaró no probada como quiera que no existe norma que regule el tema de la prescripción de los aportes pensionales pertenecientes al régimen general de pensiones en la Ley 100 de 1993 y principalmente porque la jurisprudencia ha sido reiterativa en indicar que el derecho a la pensión es imprescriptible por ende los elementos que la componen y las acciones encaminadas a reclamar dicho derecho subsisten sin perjuicio de la eventual prescripción de las mesadas pensionales, siendo los aportes uno de los elementos que la conforman.

4. APELACIÓN

PORVENIR S.A..

Expresó que la vinculación ante esta entidad ha sido un acto válido en la medida que el demandante suscribió la solicitud de vinculación como traslado de régimen, fecha desde la cual ha permanecido afiliado de manera espontánea y sin presiones luego de haber recibido asesoría por parte de Porvenir como lo hizo constar cuando impuso su firma de manera libre y espontánea en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación.

Indicó que para dicha entidad existió un consentimiento informado en la medida en que a lo largo del interrogatorio de parte del demandante se creó el material probatorio en el sentido en que en él mismo reconoció haber recibido toda la información correspondiente respecto de las características propias del RAIS, lo que quiere decir es que sí se facilitó la información y no solo aquella que la Ley permitía al momento del traslado sino también la que él mismo manifiesta en el hecho 13 de la demanda, y es justamente lo que la parte actora reconoce haber recibido por parte del asesor de que le estaba ilustrando las características del RAIS y del RPM.

Así, el mismo actor al aseverar el tipo de información recibida genera la prueba de que existía una capacitación clara y conforme a los lineamientos de ley al momento que le facilitaron la información requerida, con lo que fue el actor de manera voluntaria el que aceptó trasladarse, una vez explicados los beneficios.

Menciona que las administradoras publicaron en varios medios masivos las consecuencias y modificaciones del hecho del traslado y se les hizo una invitación a todos los posibles interesados, incluido el actor, para que si lo deseaban pudieran trasladarse nuevamente al RPM.

Finalmente, hace referencia a que como el mismo demandante lo indicó nunca tuvo interés en lo que a su pensión respecta, máxime teniendo en cuenta su profesión como abogado, lo cual no lo excusa para ignorar el cumplimiento de la Ley y para reconocer las posibles consecuencias que el traslado tenía sobre su futuro pensional.

COLPENSIONES.

Adujo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al haber firmado el formulario de afiliación de manera voluntaria y consiente, razón por la cual no debe declararse una nulidad de afiliación máxime cuando no se demostró la existencia de ningún vicio del consentimiento y cuando los asesores de la AFP sí le brindaron información propia del RAIS, por lo que no debe desconocerse la misma.

Refiere que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal que Colpensiones no puede desconocer como quiera que el señor Armando Padilla Romero se encuentra dentro de los 10 años o menos para adquirir la edad de pensión por lo que no se puede tener como afiliado al RPM, máxime cuando no ha efectuado cotizaciones al fondo común por lo que no debe ser beneficiario de las características propias de este régimen.

De otro lado, hace referencia a la negligencia del demandante con respecto a conocer su situación pensional como lo manifestó en su interrogatorio de parte, con lo cual no puede premiarse la negligencia de un consumidor de un servicio financiero cuando él mismo confiesa su falta de interés frente a su situación pensional.

Expresa que en la sentencia SL 10825-2017 se presenta la tesis de la declaratoria de nulidad por falta del deber de información, la cual solo aplicaría para afiliados beneficiarios del régimen de transición, por lo que no se puede dar aplicación a las sentencias indicadas por el juzgador de primera instancia, como quiera que las mismas tienen un fundamento fáctico en común y es la afectación de una expectativa legítima o un derecho

consolidado que tenía el afiliado que decidió trasladarse al RAIS lo que no ocurre en el presente caso.

Finalmente, menciona que en el presente caso no se presentó un vicio en el consentimiento por falta de una proyección pensional como quiera que esta obligación solo surgió hasta el año 2015 y que si en el año 1994 se hubieran presentado proyecciones ello si hubiera generado desinformación al demandante, ya que la pensión en el RAIS depende de factores que para el año 1994 era imposible conocer máxime cuando no se contaba con ningún tipo de derecho consolidado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 21 de mayo de 2019, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 del CPTSS se señaló el día 21 de agosto de 2019 a la hora de las 9:30 de la mañana para llevar a cabo audiencia pública de instancia.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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 **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y con ello, se **ABSUELVE** a las demandadas de las pretensiones de la demanda.*

***SEGUNDO.- COSTAS** en ambas instancias a cargo de la parte actora, las de primera a favor de todas las demandadas y las de segunda únicamente a favor de Colpensiones. (...)*”

Decisión que se tomó por la mayoría de la Sala, atendiendo los argumentos allí expuestos.

6. De la acción de tutela

El señor PADILLA ROMERO interpuso acción de tutela contra este Tribunal, la cual fue conocida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia bajo el número de radicación 57802, dentro de la cual, se profirió fallo de fecha 18 de marzo de 2020, en el que se dispone:

*“**PRIMERO: CONCEDER** la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de **ARMANDO PADILLA ROMERO**.*

Demandante: **ARMANDO PADILLA ROMERO**

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

SEGUNDO: *DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 21 de agosto de 2019, 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 providencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: *EXHORTAR al 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 suficiente. (...)*

Dicha decisión fue objeto de impugnación, la cual fue conocida por la Sala de Casación Penal de la mencionada Corporación, la cual, mediante sentencia del 30 de junio de 2020, proferida dentro del radicado STP 4249-2020 Radicación No. 535/110503, dispuso **CONFIRMAR** el fallo impugnado.

IV. 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 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 sí 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>Etapa 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 derecho a la información, no menoscabo de derechos	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 eventual pérdida de beneficios pensionales

Demandante: **ARMANDO PADILLA ROMERO**

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

	laborales y autonomía personal	
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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 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 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 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.

Demandante: **ARMANDO PADILLA ROMERO**

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

...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 afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera 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:

“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».

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 07/10/1996 (fls. 133-136); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. el día 09/08/1994 (fl. 166), iii) que posteriormente se trasladó dentro del mismo régimen en varias oportunidades así: a) el 08/09/1999 al fondo de pensiones HORIZONTE S.A. (fls. 53, 162 y 166), b) el 18/08/2000 a PORVENIR (fl. 49 y 166), c) el 21/06/2001 a HORIZONTE (fl. 54, 162 vto y 166), d) el 30/05/2003 a PORVENIR (fl. 50 y 166), e) el 20/05/2005 a HORIZONTE (fl. 55, 163 y 166), y el f) 01/01/2014 a PORVENIR (fl. 166); y finalmente que: iv) solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media los días 20 y 23 de abril de 2018 (fl. 27-48) pero le fue negada la posibilidad por las demandadas.

A folios 49 a 55 y 162 a 163 se avizoran los formularios de afiliación que el demandante suscribió los días 08/09/1999, 18/08/2000, 21/06/2001, 30/05/2003 y 20/05/2005 con las entidades Porvenir S.A. y Horizonte S.A., los cuales, si bien refieren 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,

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

Demandante: **ARMANDO PADILLA ROMERO**

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

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”.*

Conforme los antecedentes jurisprudenciales referenciados a lo largo de esta decisión, se vislumbra claramente el incumplimiento del deber de información a cargo de las AFP demandadas, razón por la cual resulta atinada la decisión de primer grado que declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante, con las consecuencias subsiguientes a esa declaración, motivos por los cuales la Sala habrá de **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia, por encontrarse ajustada a derecho.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. 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, Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de marzo de 2020, proferida dentro de la acción de tutela con radicado No. 57802.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2018 00379 01

Demandante: **ARMANDO PADILLA ROMERO**

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

Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Aprobado por correo electrónico)
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(Aprobado por correo electrónico)
DAVID A.J. CORREA STEER