

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada sustanciadora

Bogotá, D.C., ocho (08) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No. 014A

SENTENCIA

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LORENZO TORRES RUSSY y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a dar cumplimiento al fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de la **acción de tutela STL 11188-2021 radicación No. 63916 del 11 de agosto de 2021**, el cual dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia del 9 de octubre de 2019 dentro del proceso No. 11001310501720170056401 que **MAURICIO CALVO REGUEROS** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la resolución del contrato de administración de aportes pensionales celebrado entre el demandante y Porvenir S.A. el 16 de agosto de 1994 y por ende se ordene el retorno al régimen de prima media (en adelante RPM).

Como consecuencia de ello, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas por el actor a Colpensiones.

Para fundamentar sus pretensiones relata, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Se trasladó al RAIS administrado por Porvenir el 16 de agosto de 1994; 2) No fue informado de manera suficiente sobre las consecuencias que para su retiro pensional podía tener el traslado, 3) Desde hace 23 años realiza aportes a su nuevo régimen pensional de manera regular y son queja alguna sobre el pago de los aportes por parte de Porvenir, 4) Desde que ha estado afiliado a Porvenir ha recibido extractos en donde le informan cuanto tiene ahorrado, las utilidades generadas y el número de semanas aportadas; 5) Los extractos no contienen el monto de pensión que podría alcanzar al momento de retirarse, ni el monto del ahorro adicional que debe hacer para pensionarse en las condiciones económicas que estime convenientes, 6) Porvenir no le informó que el RPM le convenía más en el momento en que aún podía devolverse a ese régimen, 7) Porvenir no le informó sobre las proyecciones que debía prever para asegurar el monto pensional que considerara conveniente al momento del retiro, 8) Solo hasta el 15 de febrero de 2015 y a petición suya recibió, por primera vez desde que se afilió a Porvenir, un informe sobre el monto pensional a que tendrá derecho una vez cumplidos los requisitos de ley, 9) El servicio contratado con Porvenir es un contrato consensual, en el que Porvenir se compromete a recibir, administrar e informar periódicamente y con veracidad las diversas situaciones que puedan afectar su futuro pensional, 10) De las anteriores obligaciones la AFP sólo ha cumplido las de administrar y recibir y parcialmente la de informar, 11) Debe pagar los aportes, lo cual ha realizado sin inconveniente alguno durante el tiempo que ha estado afiliado a Porvenir.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (fls. 46 a 79). Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica.

Señaló que en ejercicio de la autonomía de su libertad el demandante efectuó traslado al RAIS y entre administradoras del mismo, precisando que el formulario de vinculación o traslado firmado por el demandante fue suscrito bajo la manifestación expresa de efectuarlo de manera libre, espontánea y sin presiones, pues la afiliación del actor al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales.

De otro lado, indica que el demandante no es beneficiario del régimen de transición pues al 1° de abril de 1994 no contaba con los 15 años o más de servicios, con lo que no puede ordenarse su traslado automático al RPM atendiendo lo dispuesto en la sentencia SU 062 de 2010.

Refiere que el regreso del demandante al RPM tampoco es posible por expresa prohibición dispuesta en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues en la actualidad cuenta con 57 años, esto es no le faltan los 10 años o más para cumplir la edad para pensionarse.

Adujo que la nulidad del traslado al RAIS no puede alegarse, pues no puede anularse un acto jurídico solo porque uno de los contratantes de manera unilateral desee revocarlo, siendo importante señalar que el demandante fue suficientemente ilustrado acerca de las características y limitaciones de cada régimen pensional.

Así mismo, dijo que cualquier declaración de nulidad estaría actualmente prescrita conforme lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil o los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST.

Luego, mediante auto del 03 de abril del 2018 (fls. 80 a 82), se ordenó vincular a Colpensiones, en calidad de litisconsorcio necesario por pasiva, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Una vez notificada, **COLPENSIONES** (fls. 85 a 110) se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de mérito de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Adujo, que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 el demandante no contaba ni con la edad ni con los 15 años de cotización, por lo que no es beneficiario del régimen de transición con lo que no es procedente su regreso al RPM, además, al momento de la afiliación al RAIS el accionante se encontraba frente a una mera expectativa.

Indica que en el presente asunto no se da el vicio alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y Porvenir, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Precisó que, de existir la nulidad alegada, la misma fue saneada por ratificación tácita al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato, y que la misma no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo dictó sentencia **condenatoria** en la que declaró que la vinculación del demandante al RAIS administrado por Porvenir S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, por lo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPMPD hoy a cargo de Colpensiones y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, razón por la que le ordenó a Porvenir S.A. como fondo actual del demandante, trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, todo con sus frutos e intereses, y a Colpensiones, a recibir el traslado de fondos a favor del afiliado que efectúe Porvenir S.A. y convalidarlos en su historia laboral.

Para arribar a la anterior decisión, estimó que conforme el documento allegado a folio 62 se establece que el traslado de régimen del demandante fue el 16 de agosto de 1994, advirtiéndose que en ese formato se consigna una información de carácter general respecto del futuro afiliado vinculado, sin que del mismo se pueda advertir que el momento del traslado al demandante se le brindó una información clara, completa y oportuna acerca de las condiciones y características que tenía el RAIS, lo que era necesario a efectos de establecer la verdadera vocación de traslado o la intención de trasladarse por parte del demandante, tampoco se efectuó un comparativo entre los regímenes, sin ahondar en los aspectos técnicos de los mismos.

Aduce que la etapa pre contractual o previa a la aceptación del traslado implicaba para la AFP desplegar toda la labor de asesoría que se hacía necesaria para este tipo de decisiones, incluyendo los pros y los contras que implicaba el cambio de régimen, gestión o actividad que en el presente caso se echa de menos, siendo que la misma constituía una carga probatoria de la AFP demandada, quien debía demostrar que al momento de celebrar el contrato con el demandante concurrió además de su querer libre y voluntario, las etapas propias del proceso que la jurisprudencia ha señalado entre ellas la etapa final que correspondería a determinar unas posibles condiciones del disfrute pensional para el caso del demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó que el traslado realizado por el demandante el 16 de agosto de 1994 con la AFP Colpatria llena todos los requisitos legales, como quiera que al hacer una interpretación histórica y gramatical de los artículos 13

de la ley 100 de 1993 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 se puede sustraer que para ese momento sólo bastaba el formulario de vinculación para que el traslado tuviera efectos legales y que desde el 2008 con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia es que se le dar una interpretación finalista a dicho articulado.

Adujo que, si bien es cierto la información debe ser dada desde la misma ley 100 de 1993, es a partir del año 2014 que se exige a las AFP que realicen proyecciones pensionales, es decir que para el momento del traslado del demandante se predicaba una información de carácter general y la misma no tiene el alcance que hoy se predica.

Expresó que para el momento del traslado del demandante, en la etapa precontractual, se le dio la información acerca de las características propias del RAIS y del RPM cumpliendo en su primer momento con las condiciones que para el año 1994 existían, debiéndose tener en cuenta que el actor, de manera posterior a su primera afiliación, realizó traslado entre administradoras, así como suscribió dos formularios de aportes voluntarios, lo que quiere decir que el demandante tenía toda la información pertinente respecto del RAIS, además de conocer la incidencia que tenía el ahorro para adquirir en un futuro una prestación económica.

COLPENSIONES.

Expuso que dentro del proceso no obra prueba alguna que demuestre que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta del deber de información por parte de las AFP, toda vez que en el año 1994 el demandante tuvo la oportunidad de informarse y posteriormente al trasladarse de fondo volvió a tener esa oportunidad de obtener la información pertinente que le podía dar una mejor versión de cuál iba a ser el monto pensional que iba a recibir llegado el momento. Adicionalmente, refiere que no se está en presencia de algún vicio del consentimiento, sea error, fuerza o dolo.

Expuso que, con las documentales allegadas, se observa que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones acerca de algún constreñimiento o presión indebida a la que hubiere sido sometido.

Dijo que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo, teniendo el demandante hasta el año 2012 para trasladarse de régimen, lo que significa que permaneció en el RAIS por un periodo de 18 años, teniendo la oportunidad de trasladarse en cualquier momento, con lo que sería el demandante quien debía probar que efectivamente tuvo una vocación de diligencia de sus propios derechos pensionales, lo cual no aconteció en este caso.

V. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de julio de 2019, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Posteriormente, por auto del 26 de septiembre de 2019 se fijó el día 9 de octubre de 2019 a la hora de las 10:00 de la mañana, para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 82 del CPTSS.

Llegada la fecha señalada, se profirió fallo de instancia, en el cual, la Sala mayoritaria 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 segunda instancia únicamente a favor de Porvenir S.A. hoy presente. (...)”

VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo el número de radicación 63916, dentro de la cual, se profirió fallo el 11 de agosto de 2021, en el que se dispone:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, debido proceso e igualdad de Mauricio Calvo Regueros.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 9 de octubre de 2019, para en su lugar, ordenar a 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 fecha que reciba el expediente, 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. (...)”

Una vez notificada la anterior decisión, mediante auto del 02 de septiembre del año en curso, se solicitó a la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, la remisión del expediente.

Una vez allegado el expediente, mediante auto del 29 de septiembre de 2021 se obedeció y cumplió lo resuelto por el Superior y, en aras de no incurrir en aquella causal de nulidad de que trata el numeral 7° del artículo 133 del Código General del Proceso¹ y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr traslado a las partes por el término de 5 días para que expusieran sus alegaciones.

Dicho término fue utilizado por la parte accionante y Porvenir S.A., quienes ratificaron sus argumentos.

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a acatar el mandato ordenado por vía de tutela, teniendo en cuenta las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

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

¹ Lo anterior, por cuanto la magistrada ponente no fue quien escuchó los alegatos de segunda instancia dado que entró en posesión del cargo el pasado 19 de marzo de 2021.

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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
-------------------	---	---

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 laborales y autonomía personal	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
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 3.0 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 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.

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

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) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL16882019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, en la misma sentencia analizada (SL 1688-2019), e 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.”

f) En cuanto al asunto de la descapitalización del fondo y afectación al 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».

VIII. 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 04/08/1986 (fls. 110 y 141); y **ii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el día 16/08/1994 (fl. 62).

Pues bien. A folio 62, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 16 de agosto de 1994 con Colpatria – hoy Porvenir S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó 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, en la sentencia transcrita *in extenso* en precedencia así como en posterior decisión², según las 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.”*

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 la AFP Porvenir S.A. podía usar cualquier medio probatorio consagrado en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 16 de agosto del 1994, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Porvenir S.A.

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, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la

² 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, tal como se explicó en la pluricitada SL 1688-2019, al señalar:

“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 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.”

Código Único de Identificación: 11001310501720170056401

Demandante: **MAURICIO CALVO REGUEROS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Es por ello que acertada resulta la decisión de primer grado, al estudiar el presente asunto bajo el criterio de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, por lo cual no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el actor demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado deben devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., incluyendo los gastos de administración, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 14212019 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 apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL28772020, 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 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Con base en las consideraciones que anteceden, no es mucho lo que hay que agregar a la sentencia de primera instancia por cuanto es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas, el deber de reintegrar no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros provisionales con cargo a los propios recursos, **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, **en virtud a la consulta** que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., además de lo ordenado en la sentencia, la devolución de los gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros provisionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados.

Frente 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, tal como también lo explicó el Órgano de Cierre en la tantas veces mencionada sentencia SL 1688-2019 al adoctrinar que: *“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”*.

Finalmente, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles de conformidad con la SL 1689-2019 y SL 687-2021.

No se causaron **COSTAS** en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11001310501720170056401

Demandante: **MAURICIO CALVO REGUEROS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

IX. 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. -ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros provisionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primer grado, por las razones arriba expuestas.

TERCERO.- 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

Código Único de Identificación: 11001310501720170056401

Demandante: **MAURICIO CALVO REGUEROS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11001310502120170077001

Demandante: **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada sustanciadora

Bogotá, D.C., ocho (08) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No. 014A

SENTENCIA

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los Magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LORENZO TORRES RUSSY y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a dar cumplimiento al fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de la **acción de tutela STL 12098-2021 radicación No. 64072 del 25 de agosto de 2021**, el cual dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia del 6 de julio de 2020 dentro del proceso No. 11001310502120170077001 que **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del acto de afiliación efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de ello, deprecia se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor y que se encuentren en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados.

Para fundamentar sus pretensiones relata, en síntesis, los siguientes **hechos:**

1) Se trasladó del RPM al RAIS el 01 de junio de 1998; 2) En los meses de marzo y abril de 1998 recibió en las instalaciones de su empleador – Emgesa S.A. ESP – la visita de promotores de Porvenir S.A. en el que los invitaban al traslado de régimen; 3) El asesor de Porvenir S.A. “a través de engaños” lo “indujo a error” para que se trasladara de régimen, “viciando su consentimiento” al momento de la suscripción del formulario; 4) La información dada por el asesor de Porvenir hizo referencia a que el traslado al RAIS era obligatorio, que en dicho régimen la mesada pensional sería superior en cuantía, que el ISS se iba a acabar, que la única posibilidad de recuperar el dinero aportado al ISS era afiliándose al RAIS y convirtiendo esos aportes en un bono pensional, cuyo trámite se efectuaría dentro de los 6 meses siguientes a la fecha del traslado; 5) Solicitó a dicha AFP la de noviembre de declaración de nulidad del acto de afiliación; 6) Colpensiones y Porvenir niegan sus solicitudes de traslado; 7); Devenga en la empresa Codensa S.A. ESP la suma de \$10.603.122, , con lo que su mesada pensional

Código Único de Identificación: 11001310502120170077001

Demandante: **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

en el RAIS correspondería a \$1.899.373, teniendo actualmente obligaciones por valor de \$9.569.077; 8) Ni Porvenir, ni alguna de las otras AFPs a las que estuvo afiliado le detallaron, antes, en el momento y/o durante el tiempo que estuvo afiliado, los aspectos relevantes de su situación pensional, los riesgos o desventajas de continuar en el mismo; 9) Nació el 9 de agosto de 1956; 11) Al efectuar las operaciones matemáticas del caso, ha cotizado durante toda su vida laboral 1.396,59 semanas.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 66 a 78) se opuso a las pretensiones contra esta deprecadas, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

Expuso, en síntesis, que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal para su traslado, pues para la fecha en que solicitó el traslado contaba con 61 años de edad, y tampoco es beneficiario del régimen de transición, ya que para el 1° de abril de 1994 no contaba con 15 años o más de servicios, lo que hace improcedente su traslado.

Mencionó que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP Porvenir S.A., sin que existiera injerencia de esta entidad para que el accionante tomara la decisión de trasladarse; que Colpensiones no es quien debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte de Porvenir S.A. al momento del traslado.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 113 a 1315), se opuso a las pretensiones contra esta interpuestas y presentó como excepciones de mérito las denominadas declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción y la genérica.

En resumen, adujo, que el 22 de agosto de 2003 el demandante presentó solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria a la AFP Santander, absorbida por ING Pensiones y Cesantías, momento en el que se le asesoró en debida forma, aclarando que a la vez, el actor presentó solicitud de vinculación como persona natural al fondo de pensiones voluntarias, realizando un aporte de \$500.000 pesos mensuales, manifestando en la carta de responsabilidad conocer y entender el RAIS y sus planes adicionales.

Mencionó que el 29 de marzo de 2005 el hoy demandante presentó solicitud de afiliación a la AFP Skandia, proveniente de ING Pensiones y Cesantías y también, de manera libre y voluntaria decidió suscribir solicitud de traslado a la AFP Santander, absorbida por ING Pensiones y Cesantías, hoy Protección, el 6 de octubre de 2006, en la cual no obra situación anómala o constreñimiento, sumado a lo cual, en el año 2011 optó por vincularse al fondo de pensiones voluntarias de ING Pensiones y Cesantías, aportando la suma de \$400.000 pesos y en diciembre de ese mismo año presentó solicitud de cambio o elección de fondo de pensiones obligatorias, siendo debidamente asesorado por ING – hoy Protección.

Dijo que, una vez revisada la información del demandante, se evidenció que al momento de la entrada en vigencia del sistema de seguridad social, contaba con 23 semanas cotizadas y 37 años de edad, con lo que no es beneficiario del régimen de transición y por ende no puede trasladarse al RPM en cualquier momento, conforme se dijo en la sentencia SU 062 de 2010; sumado a ello, el accionante se afilió en los años 2003 y 2011 a fondos o portafolios de pensiones voluntarias.

A su vez, **PORVENIR S.A** (fls. 143 a 182) se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, buena fe y compensación.

Refirió que para el 1° de abril de 1994 el demandante no contaba con 750 semanas cotizadas o 15 años de servicios, además, a la fecha cuenta con 56 años, es decir, se encuentra a menos de 10 años para pensionarse en el RPM, es decir que no cumple con los requisitos establecidos para trasladarse en cualquier tiempo al RPM.

Expuso que, en caso de presentarse algún error, el mismo es de derecho, el cual no vicia el consentimiento por mandato del artículo 1509 del Código Civil, lo que lleva a concluir que el contrato de vinculación suscrito no se encuentra afectado por ningún vicio que pudiera invalidarlo.

Posteriormente, mediante auto del 30 de enero de 2019 (fl. 188) se dispuso la vinculación de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (fls. 202 a 233), se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda contra esta. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Adujo, en síntesis, que la afiliación que ocasionò el traslado de régimen fue realizada por la AFP Porvenir, siendo esta la encargada de brindar asesoría al demandante respecto de las consecuencias de dicho traslado de régimen, siendo la afiliación del demandante a Old Mutual un traslado entre administradoras pertenecientes al RAIS.

Indicó que, el actor ha estado afiliado en el RAIS por 20 años con diferentes administradoras de pensiones, por lo que conoce claramente como opera este régimen, aclara que dicha entidad cumplió con el deber de información, sin existir omisión en la información, y tampoco indebida o equivocada asesoría, por lo que no es procedente, luego de que el demandante permaneciera por 20 años en el RAIS y habiendo suscrito 3

formularios de afiliación con diferentes administradoras de pensión de este régimen, que afirme que fue engañado y que no se le dio la información necesaria para tomar una decisión consciente y objetiva.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La A quo dictó sentencia **condenatoria** en la que se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor Juan Jacobo Castillo Córdoba al régimen de ahorro individual en abril de 1998, por intermedio de la Sociedad Administradora de Pensiones de Cesantías Porvenir S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones; condenó a la Sociedad Administradora de Pensiones de Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de gastos de administración y de traslado, para lo que concedió el término de un (1) mes; a la Administradora de Pensiones de Cesantía Protección S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor Juan Jacobo Castillo Córdoba, también concediendo el término de un (1) mes y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

En síntesis estimó que, en esta clase de asuntos se ha tenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la AFP haya suministrado una información completa, clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además de señalar que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario, como mínimo, de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado

Código Único de Identificación: 11001310502120170077001

Demandante: **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

y que en el campo de la seguridad social existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado.

Frente a la carga de la prueba, indicó, que la jurisprudencia de la mencionada Corporación y conforme el artículo 167 del CGP, cuando se hacen negaciones indefinidas y se manifiesta que no se ha recibido la información necesaria, como en este asunto, la carga de la prueba debe invertirse o se traslada a la parte que está en condición de probar y en estos casos son las AFP`s las que deben demostrar que efectivamente se le suministró al afiliado esta información. Bajo ese entendido, consideró la A Quo, que las pruebas allegadas al expediente no logran demostrar que Porvenir, hubiese suministrado al demandante información suficiente, clara y comprensible sobre las condiciones de su situación pensional.

En cuanto al caso particular, pone de presente que, si bien el demandante se trasladó en diferentes fondos y en su interrogatorio de parte manifestó que conocía ciertas circunstancias del RAIS, como lo es el tema de los aportes voluntarios, no se logra probar que el actor sí tenía conocimiento y que se le dio una información acerca de las condiciones o la forma en que se pensionaría en dicho régimen.

También consideró la juzgadora de primer grado que, si bien se ha indicado, en ocasiones cuando la información es post contractual, la misma debe ser en los términos debidos, pese a lo cual en este asunto no se demuestra que las asesorías y vinculaciones con los demás fondos de pensiones como lo son Old Mutual, Protección o ING, que se hubiese podido presentar una rectificación, ya que no se demuestra la información en los términos indicados. Adicionalmente, indica que debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha dicho que esta obligación debe cumplirse sin importar si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no un derecho consolidado, o si tiene o no una expectativa legítima, pues ni la ley ni la jurisprudencia establece ello para que proceda la ineficacia del traslado.

Estimó que no pueden tenerse las afiliaciones a pensiones voluntarias y sus aportes como argumentos para habilitar el traslado del RPM al RAIS,

Código Único de Identificación: 11001310502120170077001

Demandante: **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

pues si bien se avizoran tres formatos de afiliación a pensiones voluntarias, dos de estos son pre – formas suscritas en los años 1998 y 2003, el tercero, que data del 2011, es un poco más explícito, pese a lo cual, para dicha data el demandante ya no podía retornar al RPM, además, de dichos documentos no se extrae que el demandante al momento de la afiliación al RAIS o posteriormente se le hayan advertido las ventajas, desventajas y/o consecuencias del traslado.

En cuanto a la indemnización solicitada por el demandante, de los perjuicios materiales y morales, se tiene que no existen pruebas ciertas de los mismos, y de la cual pueda derivarse una condena indemnizatoria de esa naturaleza.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó que en este caso si existen pruebas que demuestran que el demandante conocía que se había trasladado de régimen y todas las implicaciones del mismo, como lo son las documentales allegadas al expediente y el interrogatorio de parte del demandante, así como el testimonio recepcionado, contrario a lo que manifiesta el fallo de primer grado, máxime cuando también existieron otros traslados a otros fondos de pensiones, lo que corrobora que el demandante si tenía conocimiento del RAIS, así como el hecho de haber realizado aportes voluntarios.

Adujo que la citada sentencia con radicado No. 68838 del 2019 tiene una aclaración de voto en la que se menciona que los casos no pueden fallarse de manera automática, que no puede hablarse que todos tienen las mismas condiciones, debiéndose revisar el caso concreto, pues si bien la Juez de primera instancia adujo de manera general que ninguna de las pruebas demostró el deber de información, debe tenerse en cuenta que el Decreto 692 de 1994 indica la información que debe contener el formulario de afiliación, lo cual se cumple en este caso.

Afirmó, que se encuentra probado que al demandante se le dio una información post contractual, tal y como lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia cuando dice que debe haber una información pre contractual, contractual y post contractual, encontrándose demostrado en este caso que al demandante se le dio una información post contractual, pues el actor efectuó aportes voluntarios meses después de la suscripción del formulario de traslado de régimen, con lo que sí existe material probatorio que demuestra que la obligación de información de los fondos si fue cumplida.

Finalmente, y en caso que no se revoque la sentencia en su integridad, solicitó se revoque el numeral segundo de esta, pues el demandante estuvo afiliado a esa entidad del 30 de abril de 1998 al 30 de septiembre de 2013, sin que pueda desconocerse que los gastos de administración y el cobro de las primas es un mandato legal, por lo que con la orden impartida se está inobservando el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, no siendo los gastos de administración un cobro caprichoso del fondo de pensiones, sino que se hace en cumplimiento de una norma, por lo que estos no pueden ser devueltos porque son gastos del sistema.

COLPENSIONES.

Adujo que el demandante de manera libre y voluntaria suscribió el formulario de afiliación con la AFP Porvenir en el año 1998, lo que a decir del Decreto 692 de 1994, implica la aceptación de las condiciones propias del régimen que está seleccionando, el cual no es otro que el RAIS.

Indicó que la prohibición contemplada en la Ley 797 de 2003, no se establece como una arbitrariedad o capricho del legislador, pues lo que se pretende es proteger la sostenibilidad económica del sistema financiero, además, si en el futuro se reconoce la pensión de vejez al aquí demandante se estaría yendo en contra del principio constitucional del interés general sobre el particular, ya que se estaría perjudicando a los demás afiliados que sí han realizado cotizaciones al régimen.

OLD MUTUAL

Indicó que interpone el recurso de alzada frente al numeral 2 de la sentencia, teniendo en cuenta que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración, teniendo en cuenta que en los términos del artículo 20 de la Ley 100/1993, una parte del porcentaje de comisión se destina a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte, y otra para gastos de administración, y ese porcentaje ya fue pagado a la administradora para cumplir los riesgos de invalidez y muerte de la parte actora, por lo que no se encuentran en arcas de la AFP, además, tampoco es posible la devolución del porcentaje correspondiente a la comisión de administración, teniendo en cuenta que dichos recursos fueron utilizados en la propia administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, no por capricho de la entidad, sino por mandato legal, y como quiera que la comisión se causó no es posible su retorno.

PROTECCIÓN S.A.

Interpone recurso parcial, frente a la devolución de las comisiones de administración, pues no es procedente la devolución de lo descontado por gastos de administración, ya que los mismos están contemplados desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y ratificados con la Ley 797 de 2003 y aplican tanto para el RAIS como para el RPM, indicando que dichos gastos o comisiones son descuentos realizados como contraprestación a una buena gestión de administración y son legalmente permitidos. Así las cosas, con base en el artículo 1746 del Código Civil debe entenderse que, aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió, no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por lo que la AFP debe conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

De igual manera expone, que el demandante debe pagar esa comisión que se ha causado porque se están haciendo restituciones mutuas, lo que respalda en la sentencia No. 31989 del 2008 – MP. Eduardo López Villegas,

Código Único de Identificación: 11001310502120170077001

Demandante: **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

cuando manifestó que las consecuencias de la nulidad, respecto de las prestaciones acaecidas, no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tiene cabida enteramente en el derecho social.

V. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Llegada la fecha señalada, se profirió fallo de instancia, en el cual, la Sala mayoritaria 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. (...)”

VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo el número de radicación 64072, dentro de la cual, se profirió fallo el 25 de agosto de 2021, en el que se dispone:

“PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional invocado.

SEGUNDO: DEJAR sin valor legal ni efecto jurídico alguno el fallo que el Tribunal Superior de Bogotá profirió el 6 de julio de 2020, en el proceso ordinario laboral que motivó la interposición del resguardo constitucional.

TERCERO: ORDENAR al Tribunal convocado que en 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 este proveído.

CUARTO: EXHORTAR al Colegiado de instancia encausado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y,

Código Único de Identificación: 11001310502120170077001

Demandante: **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente, en los términos de las sentencias C-261-2015 y SU-354-2017 de la Corte Constitucional. (...)”

Una vez notificada la anterior decisión, mediante auto del 29 de septiembre de 2021 se obedeció y cumplió lo resuelto por el Superior y, en aras de no incurrir en aquella causal de nulidad de que trata el numeral 7° del artículo 133 del Código General del Proceso¹ y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr traslado a las partes por el término de 5 días para que expusieran sus alegaciones.

Dicho término fue utilizado por la parte accionante y Colpensiones, quienes ratificaron sus argumentos.

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a acatar el mandato ordenado por vía de tutela, teniendo en cuenta las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

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

¹ Lo anterior, por cuanto la magistrada ponente no fue quien escuchó los alegatos de segunda instancia dado que entró en posesión del cargo el pasado 19 de marzo de 2021.

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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia
	797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	de un régimen de transición V la 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 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. 0016 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”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la 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.

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

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) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL16882019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, en la misma sentencia analizada (SL 1688-2019), e 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.”

f) En cuanto al asunto de la descapitalización del fondo y afectación al 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»”.

VIII. 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. 93); **ii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. el día 20/04/1998 (fl. 168); **iii)** que el 22/08/2003 se trasladó a la AFP Santander (hoy Protección S.A) (fl. 122), el 29/03/2005 se trasladó a Old Mutual S.A. (fl.

233), retornando el 06/10/2006 a la AFP Santander (hoy Protección S.A. el 06/10/2006 (fl. 128); y **iv**) que los días 17/11/2017 y 04/12/2017 solicitó su retorno al RPM, no obstante ello fue negado por Colpensiones y Porvenir S.A. (fls. 33 y 37).

Pues bien. A folio 168, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 20 de abril de 1998 con Porvenir S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó 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, en la sentencia transcrita *in extenso* en precedencia así como en posterior decisión², según las 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.”*

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 la AFP Porvenir S.A. podía usar cualquier medio probatorio consagrado en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado del accionante, esto es 20 de abril del 1998, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Porvenir S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

De otro lado, no resulta acertado el argumento expuesto por Porvenir S.A. al sustentar su recurso, frente a los traslados horizontales realizados

² SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

por el actor entre administradoras del RAIS, ello no demuestra que este conociera de las implicaciones del traslado de régimen pensional, máxime cuando ello no sana el traslado de régimen pues la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, tal y como se dijo en la pluricitada sentencia SL 1688-2019.

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, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la 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, 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 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

Código Único de Identificación: 11001310502120170077001

Demandante: **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

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.”

Es por ello que acertada resulta la decisión de primer grado, al estudiar el presente asunto bajo el criterio de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, por lo cual no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el actor demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado deben devolverse todos los valores recibidos por las distintas AFP`S que tuvieron la administración de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo los gastos de administración, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 14212019 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.

Código Único de Identificación: 11001310502120170077001

Demandante: **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

“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 apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

*En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un

acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

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

Con base en las consideraciones que anteceden, no es mucho lo que hay que agregar a la sentencia de primera instancia, por cuanto es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas, el deber de reintegrar no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros provisionales con cargo a los propios recursos, **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, **en virtud a la consulta** que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., además de lo ordenado en la sentencia, la devolución de los gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros provisionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, orden que se extiende a las AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. en lo que respecta a los gastos de administración y seguros previsionales.

Ahora, ha de indicarse que si bien el demandante no era beneficiario del régimen de transición, como lo expuso la jurisprudencia citada en la parte motiva de esta decisión, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación

En cuanto a lo argüido por Colpensiones, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, ello no acontece así, 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.

Frente 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, tal como también lo explicó el Órgano de Cierre en la tantas veces mencionada sentencia SL 1688-2019 al adoctrinar que: *“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,*

Código Único de Identificación: 11001310502120170077001

Demandante: **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Finalmente, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles de conformidad con la SL 1689-2019 y SL 687-2021.

No se causaron **COSTAS** en esta instancia.

IX. 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. –ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros provisionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, orden que se extiende a PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. respecto de los gastos de administración y seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primer grado, por las razones arriba expuestas.

Código Único de Identificación: 11001310502120170077001

Demandante: **JUAN JACOBO CASTILLO CÓRDOBA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

TERCERO.- 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



LORENZO TORRES RUSSEY

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada sustanciadora

Bogotá, D.C., ocho (08) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021).

Discutido y Aprobado según Acta No. 014A

SENTENCIA

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 dar cumplimiento al fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de la **acción de tutela STL 11869-2021 radicación No. 63788 del 8 de septiembre de 2021**, el cual dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia del 16 de julio de 2019 dentro del proceso No. 11001310502320180024101 que **MARTHA ESNELDA ESPAÑA RODRÍGUEZ** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

I. ANTECEDENTES

1.1 Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de Porvenir S.A. el 21 de septiembre del 2001, así como los traslados efectuados posteriormente.

Como consecuencia de ello, deprecia se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere ahorrado la demandante en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos y a esta última a recibir dichos dineros y actualizar la historia laboral de la actora.

Para fundamentar sus pretensiones relata, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Efectuó aportes al ISS desde el 12 de agosto de 1987 hasta el 29 de octubre de 2001; 2) A través de formulario 1429647 del 21 de septiembre de 2001 se afilio a Porvenir S.A., antes Horizonte. 3) Previo a la afiliación, le informaron que en ese fondo se podría pensionar a la edad que quisiera, con un monto más alto del que le correspondería en el régimen de prima media (en adelante RPM) y que el ISS se liquidaría; 4) Debido a los beneficios que le informaron, presentó solicitud de afiliación el 21 de febrero de 2001 a Horizonte hoy Porvenir S.A.; 5) La asesora de Porvenir S.A. no le informó las condiciones que debía tener para pensionarse a la edad que quisiera, ni que la pensión anticipada dependería en gran medida de los aportes voluntarios que efectuara, tampoco que debía tenerse en cuenta la rentabilidad de los fondos de pensiones, no le dio a conocer las

condiciones específicas que debía cumplir para disfrutar la pensión, las diferentes alternativas de pensión y sus requisitos, ni presentó una proyección del monto de su mesada pensional, entre otros; 6) La asesora de Porvenir S.A. omitió suministrar información completa, veraz y suficiente acerca de las implicaciones de su traslado al RAIS; 7) El 12 de diciembre de 2008 se afilió a Colfondos, entidad que tampoco le ofreció ningún tipo de asesoría previa; 8) Se afilió nuevamente a Porvenir S.A. el 24 de marzo de 2010 y en dicha oportunidad esa AFP tampoco le ofreció asesoría previa; 9) El 23 de enero de 2014 se afilió a Old Mutual S.A., entidad que no ofreció asesoría previa; 10) Se trasladó nuevamente a Porvenir S.A. el 4 de diciembre de 2014, sin darle ningún tipo de información o asesoría; 11) Presentó reclamación ante Colpensiones el 13 de abril de 2018, a la que se le dio respuesta en la misma data.

1.2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 94 a 117) se opuso a las pretensiones contra esta deprecadas, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, validez del negocio jurídico, compensación y la innominada.

Expuso, en síntesis, que las peticiones del demandante carecen de soporte jurídico y fáctico, siendo importante resaltar la sentencia SU 130 de 2013 a la cual debe someterse Colpensiones, pues conforme dicha sentencia, el traslado de un afiliado del RAIS al RPM en cualquier tiempo solo procederá siempre y cuando tenga 15 años de servicios al 1° de abril de 1994, por ello, como quiera que la actora no acreditó dicha

densidad de semanas cotizadas, deberá someterse al sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada.

Precisó que, conforme el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y en este caso, frente al negocio jurídico celebrado entre las partes se generaron obligaciones recíprocas, dentro de las cuales estaba en cabeza de la demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias del traslado de régimen, máxime cuando estos se encuentran regulados en la legislación, siendo de público conocimiento.

Finalizó diciendo que en este caso no se presentan vicios en el consentimiento que puedan fundamentar la declaración de nulidad.

OLD MUTUAL S.A. (fls. 118 a 148), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas y propuso como excepciones de fondo las denominadas pago y la genérica.

Indicó que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenta la nulidad de la afiliación respecto de esa AFP y dentro del contenido de la demanda no se establece cual es la naturaleza de la nulidad que pretende.

Precisó que la nulidad pretendida por la demandante no puede ser otra que la nulidad relativa, pues no se cumplen los supuestos de hecho necesarios para argüir una nulidad absoluta, por lo que la actora debió señalar cuál de las causales se configuró en la celebración del contrato de traslado de régimen pensional, siendo la única posible causal los vicios del consentimiento, sin que se demostrara el acaecimiento de alguno de estos.

Adujo que el deber de información ha de verificarse en relación con la fecha en que se produjo el traslado de régimen

pensional, por cuanto para la expedición de la Ley 100 de 1993 tal requisito no se encontraba vigente y desde entonces ha sido objeto de evolución jurídica.

Precisó que, para la fecha en que la demandante hizo efectiva la afiliación a esa AFP, contaba con 49 años, encontrándose inmersa en la prohibición de que trata el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 para aquellas personas que están a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez.

Concluyo indicando que la única opción que tendría la actora para regresar al RPM sería que fuera beneficiaria del régimen de transición por contar con 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994, en aplicación de la sentencia SU 062 de 2010, sin embargo, la demandante no cumple con tal requisito.

COLFONDOS S.A. (fls. 181 a 204), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta dirigidas. Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alegada, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica.

Expuso que esa AFP informó de manera adecuada y completa a la demandante, con anterioridad a su vinculación a la entidad, acerca de las condiciones bajo las cuales opera el régimen de ahorro individual con solidaridad y dada la particularidad de cada caso concreto, la persona encargada de explicar tales condiciones es el asesor que tramita la solicitud de cada persona, lo que ocurrió en este caso, lo cual queda demostrado, toda vez que al suscribir el formulario de afiliación la demandante dejó

constancia que su elección fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones.

Refirió que, en cuanto a los vicios del consentimiento, atendiendo lo dispuesto en el artículo 1508 del Código Civil, la demandante no especificó claramente en qué consistió la acción fraudulenta de Colfondos S.A. y, en caso de que se estuviera refiriendo a un error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 de la misma norma, esto no produce efectos; y en caso de que se refiriera a un error de hecho, en virtud de lo señalado en el artículo 1510 del mismo estatuto, este sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado por la demandante con Colfondos S.A., ya que la actora sí pretendió afiliarse a este fondo de pensiones perteneciente al RAIS.

Precisó que la accionante no era beneficiaria del régimen de transición, por lo que no tiene derecho a pensionarse bajo el mismo, pues al 1° de abril de 1994 no contaba con 15 o más años de servicios o 750 semanas cotizadas, razón por la cual no es posible su traslado automático al RPM.

Finalmente indicó que, en caso de llegarse a la conclusión de que la vinculación de la actora al RAIS se encuentra viciada de nulidad relativa por los vicios del consentimiento, cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

PORVENIR S.A (fls. 205 a 253) se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones 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, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la innominada.

Expuso que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Mencionó que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finalizó diciendo que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que lo lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

1.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para arribar a tal decisión el *a quo* trajo a colación los artículos 1740 y 1502 del Código Civil, para manifestar cuándo un contrato es nulo y sobre la capacidad, objeto y causa lícita. Así mismo recordó lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y artículos 60 y 61 del CPT.

Adicionalmente, hizo un recuento de las pruebas aportadas, dándole mayor atención al interrogatorio de parte absuelto por la demandante, diligencia donde manifiesta conocer los requisitos bajo los cuales se accede a la pensión en el régimen de prima media, situación que permite concluir que contaba con elementos de juicio para comparar que régimen le era más beneficioso, máxime cuando la accionante efectuó 5 traslados entre AFP del RAIS.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE

Indicó que en la sentencia de primer grado se presentó un error manifiesto y protuberante en la valoración del interrogatorio de parte de la demandante, pues para valorarlo, dice el artículo 196 del CGP, se debe hacer de manera completa, sin escindir las respuestas o interpretarlas de manera descontextualizada como aquí se hizo,

Frente a los argumentos presentados por el juzgado de primera instancia para no acceder a las pretensiones incoadas, expuso que no es cierto que la demandante sí contaba con información porque, según el *a quo*, confesó que conocía los requisitos para pensionarse en el ISS, existiendo una indebida interpretación del interrogatorio pues, si bien la demandante

conocía los requisitos para pensionarse en el RPM, en ningún momento manifestó conocer los requisitos para acceder a la pensión en el RAIS, máxime cuando la accionante en dicha diligencia manifestó que ella se trasladó al RAIS por un rumor de que se acababa el ISS, porque le dijeron que tenía más ventajas, porque su pensión era más alta y se podía pensionar a la hora que quisiera, porque sus aportes tendrían rendimientos y porque no había tanto trámite.

Precisó que la demandante dijo en su interrogatorio de parte que lo que la motivó a trasladarse fue que en el RAIS se le ofrecían rendimientos sobre su pensión los cuales hacía que fuera más alta, sin embargo, no tenía forma de comparar los dos regímenes, ello porque la información brindada fue incompleta, pues no se le dijo que debía hacer para que su mesada fuera más alta, tampoco se le dijo que los rendimientos dependían de la economía.

Expuso que, si bien la demandante efectuó 5 traslados entre AFP, ello no convalida el consentimiento, tal y como se expuso en la sentencia 31989 de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello.

1.5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El 16 de julio de 2019, se profirió fallo de instancia, en el cual, la Sala mayoritaria decidió:

“PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de Colpensiones. (...)”

II. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia, bajo el número de radicación 63788, dentro de la cual, se profirió fallo el 08 de septiembre de 2021, en el que se dispone:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso de Martha Esnelda España Rodríguez.

SEGUNDO: DEJAR sin efectos la decisión de 16 de julio de 2019, para en su lugar, ordenar a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera una nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: EXHORTAR a la autoridad judicial convocada, 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. (...)”

Una vez notificada la anterior decisión, mediante auto del 29 de septiembre del año en curso, se solicitó a la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, la remisión del expediente.

Allegado el expediente, mediante auto del 06 de octubre de 2021 se obedeció y cumplió lo resuelto por el Superior y, en aras de no incurrir en aquella causal de nulidad de que trata el numeral 7° del artículo 133 del Código General del Proceso¹ y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr traslado a las partes por el término de 5 días para que expusieran sus alegaciones.

Dicho término fue utilizado por la parte accionante y Colpensiones, quienes ratificaron sus argumentos.

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a acatar el mandato ordenado por vía de tutela, teniendo en cuenta las siguientes,

¹ Lo anterior, por cuanto la magistrada ponente no fue quien escuchó los alegatos de segunda instancia dado que entró en posesión del cargo el pasado 19 de marzo de 2021.

III. CONSIDERACIONES

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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
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 laborales y autonomía personal	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
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”.

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

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

...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) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, en la misma sentencia analizada (SL 1688-2019), e 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.”

f) En cuanto al asunto de la descapitalización del fondo y afectación al 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»”.

IV. EL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 12/08/1987 (fl. 110); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 21/09/2001 a través de la A.F.P HORIZONTE (hoy Porvenir S.A.) (fl. 47 y 220); **iii)** posteriormente se trasladó entre AFP del RAIS así: a Colfondos S.A. el 12/12/2008, a Horizonte S.A (hoy Porvenir) el 24/03/2010, el 23/01/2014 a Old Mutual S.A y el 04/12/2014 nuevamente a Porvenir S.A. (fl 47 a 51, 138, 200, 202, 221, 222 y 224); y **iv)** solicitó a Colpensiones retornar nuevamente al RPM el día 13/04/2018 (fl. 35), no obstante, tal petición fue negada por dicha entidad.

Pues bien. En el análisis del material probatorio arrimado al expediente, la Sala considera equivocada la decisión del A Quo, y por ello la providencia venida en apelación será revocada. Lo anterior por lo siguiente:

A folios 47 y 220 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 21 de septiembre de 2001 con la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó 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.”*²

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 el fondo privado Porvenir S.A. estaba en la libertad de usar cualquier medio

² SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 21 de septiembre del 2001, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Porvenir S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

Así las cosas, no resulta acertado el argumento expuesto por el *a quo* frente a los traslados horizontales realizados entre administradoras del RAIS, pues, si bien la accionante se trasladó de Horizonte (hoy Porvenir S.A.) a Colfondos, luego retornó nuevamente a Horizonte, posteriormente se trasladó a Old Mutual S.A. y finalmente regresó a Porvenir S.A., ello en manera alguna sana el traslado de régimen, en primer lugar porque la ineficacia se da respecto del traslado inicial del RPMPD al RAIS-, y una eventual “asesoría” dada a la demandante para trasladarse posterior a ese momento entre administradoras del RAIS, no sana la falta de información inicial, y en segundo lugar, la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, tal y como se dijo en la pluricitada sentencia SL 1688-2019.

Así mismo debe decirse que, contrario a lo afirmado por el A Quo, no obra medio de prueba alguno que dé por demostrado el deber de información al que están sujetas las AFP, y del interrogatorio de parte surtido a la activa nada distinto a lo que se dice aflora, pues, de ninguna respuesta dada por la demandante emerge confesión en su contra.

Por lo antes expuesto, y 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, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la 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, tal y como lo dijo en la pluricitada SL 1688-2019:

“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.”

Es por ello que la Sala no encuentra acierto en la decisión del *A Quo*, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de Martha Esnelda España Rodríguez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.) el día 21 de septiembre de 2001 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte y como consecuencia de ello, también ha de declararse ineficaz el traslado efectuado posteriormente a Colfondos, Horizonte S.A. (hoy Porvenir S.A.), Old Mutual S.A. y Porvenir S.A.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los valores recibidos por la AFP PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Código Único de Identificación: 11001310502320180024101

Demandante: **MARTHA ESNELDA ESPAÑA RODRÍGUEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

Frente al particular, 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 apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras

necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

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

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a la **AFP PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido

con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen, como quiera que es la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliada la señora España Rodríguez.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia 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.

Al respecto, 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”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. por ser vencida en juicio, advirtiendo que en esta instancia no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, pues a juicio de la Sala, esta entidad resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas y como consecuencia de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

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. – REVOCAR la sentencia apelada. En su lugar se dispone:

1.1. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado de Martha Esnelda España Rodríguez del régimen solidario

de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de Horizonte hoy Porvenir S.A. el día 21 de septiembre de 2001, así como el traslado posterior a Colfondos, Horizonte (hoy Porvenir S.A.), Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y Porvenir S.A., y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

1.2. CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por Martha Esnelda España Rodríguez y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexadas, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.

1.3. ORDENAR a Colpensiones a recibir los valores enunciados en literal 1.2 de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de Martha Esnelda España Rodríguez al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

1.4. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada PORVENIR S.A.

Código Único de Identificación: 11001310502320180024101

Demandante: **MARTHA ESNELDA ESPAÑA RODRÍGUEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

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

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO