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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA MAGDALENA CASTRO ACEVEDO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **003 2019 00023 01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STP8053-2021 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante, en el mes de febrero de 1998, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad; como consecuencia de dicha declaratoria, se ordene a PORVENIR S.A. a retornar las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, al R.P.M., administrado por COLPENSIONES S.A. y que se ordenara a la misma aceptar el traslado.

Consecuencialmente, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita.

Para el efecto, manifestó que nació el 20 de mayo de 1966, que estuvo afiliada al extinto I.S.S. desde el 1.° de abril de 1997 hasta el 30 de junio de 1997, donde acumuló en el R.P.M. 10.71 semanas cotizadas, que a mediados de febrero de 1998, el asesor de la A.F.P. PORVENIR S.A. a través de promesas y engaños logró que la demandante efectuara el traslado de régimen, al viciarse su consentimiento; señaló, que entre las fechas de febrero de 1998 a julio de 2018, posee un total de 1.004 semanas cotizadas en el R.A.I.S., acumulándose un total de 1014.71 semanas cotizadas en los dos regímenes.

Indicó, que COLPENSIONES mediante oficio del 1.° de septiembre de 2016, rechazó su solicitud de retorno al R.P.M.; que el 31 de agosto de 2018, radicó derecho de petición ante PORVENIR S.A.; solicitó nuevamente su retorno al R.P.M. el 3 de septiembre de 2018, quien dio respuesta a dicha solicitud comunicándole a la parte actora toda vez que los registros no podían ser anulados por ningún fondo de pensión, salvo que exista una orden de autoridad competente; así mismo, el 31 de agosto de 2018, mediante radicado n.°2018_10817194, presentó derecho de petición ante COLPENSIONES S.A., a fin de que se declarara la nulidad del traslado

del R.P.M al R.A.I.S.; COLPENSIONES S.A. dio contestación el mismo 31 de agosto de 2018, mediante oficio BZ2018 10800051-2669038, quien manifestó que no era posible realizar la nulidad del traslado, ya que esta solo procede cuando presuntamente se cometió falsedad en el formulario de afiliación o el empleador lo afilió sin su consentimiento.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1. ° de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.° 80).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado que efectuó la demandante en 1998 a la fecha, tiene plena validez, y que la nulidad de dicho contrato deberá probarse en el curso del proceso judicial; señaló además, que al contar la accionante con 50 años de edad no cumple con el requisito para acceder al traslado pretendido.

Aseveró, que la accionante no tiene derecho a una pensión bajo el régimen de transición, puesto que no se demuestra en el proceso que tenga 15 o más años cotizados a la entrada en vigencia del Acto Legislativo n.° 01 de 2005. Propuso como excepciones la de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios (f.° 92 a 101).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, alegó en su favor, que el traslado de régimen efectuado por la demandante se hizo bajo las

estipulaciones vigentes establecidas para la época, y en la cual no se exigía que se diera una información acerca de uno y otro régimen, e indicó que la parte actora no prueba algún tipo de omisión o engaño.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría (f.° 114 a 119).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 7 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al R.A.I.S., que en su caso administra PORVENIR S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES S.A.; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES S.A. el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos; ordenó a COLPENSIONES S.A. a aceptar el traslado del demandante al R.P.M.; condenó en costas a PORVENIR S.A., y concedió recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES S.A.

Para fundamentar su decisión, señaló que en la proyección pensional, visible a folio 42 del plenario, realizada por PORVENIR S.A., se evidencia un perjuicio ostensible, ya que con los capitales que maneja el fondo demandado, ni, aunque la demandante tuviere 61 años de edad y se le sumaran las semanas cotizadas al R.P.M., le alcanzaría para obtener una pensión si quiera mínima.

Agregó, que de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia son las entidades de seguridad social las que deben garantizar que existió una decisión informada, autónoma, consciente y verificable para que el afiliado pueda entender tanto los riesgos del traslado como los beneficios del régimen al que se traslada.

Igualmente, indicó que no existe ningún medio de prueba que demuestre cual fue la información que se le brindó a la demandante sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, por ende, no logró demostrar que cumplió con su deber de brindar información veraz, completa y oportuna.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que según lo indicado en el interrogatorio de parte de la demandante, esta dijo que efectuó la afiliación con el fin de formalizar su contrato de trabajo, lo que evidencia que dicha afiliación se hizo de manera libre y voluntaria; y finalmente adujo, que la norma vigente en la época en que la accionante realizó su traslado estableció como único requisito para entender como válida una afiliación era el formulario de afiliación, y por este motivo, solo se allegó tal formulario.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES S.A., expresó en su recurso, que en la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional se señala quien tiene la carga de demostrar las circunstancias a las que se hacen alusión en el proceso, y por esto, dicha obligación no puede estar en cabeza únicamente de las A.F.P., máxime, si evidencia que la demandante tenía facultades para

obtener las documentaciones requeridas, y no solo disponer de la carga probatoria a la A.F.P.

Enseñó, que se vulneran los principios de seguridad jurídica y principios económicos, toda vez que COLPENSIONES S.A. debe asumir las cargas impositivas futuras, y todos los tramites pensionales de los cuales no se tiene ni una proyección pensional, más aún, si se tiene en cuenta que la actora no realizó lo aportes que normalmente efectúa un afiliado para poder acceder a las prestaciones sociales que son pagadas por parte de COLPENSIONES S.A.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; en los términos establecidos en la sentencia STL8053-2021, de la Sala de Casación Penal, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que la Sala de Casación Laboral del Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, hizo referencia a las providencias CSJ STP12082-2019, CSJ STP17447, CSJ SL 31989, CSJ SL 31314, CSJ SL 33083, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL4426-2019 y esgrimió en sus

consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

«(…) [N]*o es cierto que la jurisprudencia sólo conceda la viabilidad de decretar la nulidad del traslado cuando existe una expectativa de pensionarse, como lo han venido afirmando algunas Salas de Decisión de los Tribunales, sino que opera en todos los eventos, dado que la validez del deber de información, que es la causal que se invoca en esos casos, es predicable frente a la validez del acto jurídico del traslado, considerado en sí mismo.*

Así, en la mencionada decisión, la Sala de Casación Laboral puntualizó: "(…) 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"».

«(…) [A] la Administradora del Fondo de Pensiones le corresponde demostrar dentro del proceso laboral que al momento de efectuarse el traslado le informó al afiliado sobre las ventajas y desventajas tanto del régimen de ahorro individual como el de prima media

Sobre este presupuesto, la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL4426-2019, 16 oct. 2019, rad. 79167, indicó:

"(…) 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.

(…) la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)."

«(…) [E]*n lo que respecta a la posibilidad de retractarse, la referida Sala de Casación Laboral en la sentencia antes citada, manifestó:*

«(…) ¿La declaración judicial de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, procede siempre que el afiliado haya ejercido el derecho de retracto o haya solicitado el cambio, 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que no «existe evidencia en el proceso de que la demandante haya hecho uso del retracto (…) antes de cumplir los 47 años hubiese solicitado el traslado» del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida. Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición y por esa vía la pensión.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y trasparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones. ».

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 20 de mayo de 1966, hecho que es aceptado pacíficamente por las partes en el presente proceso ordinario laboral (f.º 31 y 32); ***ii)*** que a 1.° de abril de 1994, no tenía semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ya que se afilio el 1.° de abril de 1997 (f.º 34, 102 expediente administrativo); ***iii)*** y que el 15 de febrero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 131).

A su vez, en lo que toca a la prescripción, en términos del fallo de tutela que hoy se cumple, de tiempo atrás viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Máxima Corporación, que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión apelada y consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ STP12082- 2019, CSJ STP17447, CSJ SL 31989, CSJ SL 31314, CSJ SL 33083, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL4426-2019

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia de primer grado. Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, y en los términos establecidos en la sentencia STP8053-2021, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ANA MERCEDES DÍAZ DÍAZ** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **027 2018** 00389 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL16175-2021, y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado de régimen, al no ser informada en forma suficiente, veraz e idónea acerca de los regímenes pensionales y las eventuales condiciones pensionales; en consecuencia, se condene a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes obligatorios y

rendimientos que posee en su cuenta de ahorro individual, y aceptar a satisfacción y sin deducciones los mismos por parte de COLPENSIONES (f.° 2-3).

Como fundamento fáctico relevante, sustentó sus pretensiones en que se afilió al extinto Instituto de los Seguros Sociales el 1. ° de mayo de 1978, cotizó al Régimen de Prima Media previo a tu traslado al Régimen de Ahorro Individual un total de 787.14 semanas; se trasladó el 20 de agosto de 1999 al R.A.I.S., y que dicho traslado no estuvo precedido de una suficiente ilustración por parte de la A.F.P. que la recibió, por lo que no existe consentimiento de libertad y voluntariedad, en la actualidad cuenta con más de 1.716.14.

Señaló, que el asesor del fondo demandado no le informó sobre las desventajas de trasladarse al R.A.I.S., así como tampoco le señaló que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el R.P.M., no le elaboró una proyección para que tuviera la información completa sobre el valor de su mesada pensional.

Finalizó, diciendo que el 11 de septiembre de 2011, envió derecho de petición a PROTECCIÓN S.A., a su vez, solicitó la invalidez de su afiliación a dicho fondo, que radicó ante Colpensiones formulario de traslado de régimen en la misma fecha, la administradora colombiana de pensiones dio contestación a tal solicitud indicando que no era procedente por cuanto se encuentra a 10 años o menos de adquirir su pensión.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, mediante auto calendado el 16 de marzo de 2018, inadmitió la demanda con el fin de que presentara el certificado de

representación legal de COLPENSIONES, y efectuara presentación personal al poder aportado (f. ° 69).

Una vez subsanada la demanda (f.° 70-82), en providencia emitida el 17 de mayo de 2018, el despacho resolvió rechazar de plano la demanda por falta de competencia por factor territorial, estimó que los Jueces Laborales del Circuito de Bogotá, son los competentes para conocer del proceso, por ende, remitió el expediente a dichos juzgados.

Para arrimar a esta decisión, el *a quo* consideró que no era el competente para conocer del asunto, toda vez que el domicilio de las entidades demandadas está en Bogotá, y que revisadas las documentales obrantes en el proceso a ese momento, se evidenció que el domicilio de la demandante también se encontraba en la ciudad de Bogotá, como sustento de su decisión citó el artículo 5.° del Código del Trabajo y la Seguridad Social y la sentencia rad. 62743 del 19 feb. de 2014 (f. ° 83-84).

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, el cual fue resuelto por el juzgado en mención, mediante auto del 25 de mayo de 2018, en el cual decidió no reponer, y negó a su vez el recurso de apelación (f. ° 166-167).

La demanda, fue admitida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de septiembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 169).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, afirmó que no basta con trasladar los aportes a la A.F.P., sino que el fondo debe emitir el bono pensional donde

incluya el saldo total de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos para después aprobar el traslado.

De otra parte, agregó que de conformidad a la Sentencia C-1024 de 2004, el afiliado solo podrá trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para tener derecho a la pensión de vejez; además, no le asiste a la demandante el reconocimiento pensional debido a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 15 de años de servicios o cotizaciones.

Finalmente, advirtió que la A.F.P. en la cual se encuentre activo el afiliado es la encargada de dar aprobación al traslado de régimen. En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (f. ° 180-192).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones, aseveró que no puede hablarse de que existió un error de hecho en el consentimiento de la demandante al momento de suscribir la afiliación, puesto que, como quedó demostrado a la afiliada se le brindó la información necesaria para tomar su decisión; añadió, que el desconocimiento que tuvo la demandante sobre los aspectos legales del R.A.I.S no vician el consentimiento.

En cuanto a la prescripción, afirmó que, de acuerdo a la posición de la Corte Suprema de Justicia, la acción pretendida se encuentra prescrita, y que en este caso, si bien se está tratado un aspecto derivado de la prestación pensional, no se está tratando la prestación pensional en sí misma, y por esto, no se puede hablar de imprescriptibilidad de esta, ya que no se está frente a la afectación de un derecho pensional a la actora.

Puntualizó, que solo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, se estableció el deber de las administradoras de fondo de pensiones de asesorar e informar a sus consumidores sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional, y que solo hasta el 2016, surgió la obligación para las administradoras de conservar los soportes que den cuenta de la doble asesoría a los usuarios al momento de afiliarse o trasladarse, por lo que solo hasta ese año las asesorías brindadas a los afiliados eran verbales, sin que ello implique que no fueron asesorías completas, transparentes y oportunas.

Finalizó, al resaltar que una vez efectuada su afiliación, la demandante tuvo diferentes oportunidades para retornar al R.P.M. y no hizo uso de dichas oportunidades, de otra parte, no puede pretenderse que se invierta la carga de la prueba, pues de conformidad al precedente citado en el escrito de la demanda, esto solo ocurre en los casos en los que se encuentren bajo el supuesto de hecho de esas sentencias.

Propuso como excepciones de fondo o de mérito, las denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción e innominada o genérica (f.° 229-230).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 23 de octubre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al R.A.I.S., en este caso administrado PROTECCIÓN S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración; condenó en costas a PROTECCIÓN

S.A., y concedió recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

En lo que tiene que ver con el deber de información de las A.F.P., y la carga probatoria de éstas ante el afiliado que solicita el traslado, consideró que PROTECCIÓN S.A. no cumplió con esta, ya que no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen, y la única forma con la que el fondo pretendió acreditar la debida información otorgada a la demandante es la suscripción del formulario de afiliación, el cual tiene formas previamente establecidas para todos los casos, y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría en su momento, por esta razón, no puede tenerse éste como prueba del consentimiento informado de la demandante al momento del traslado.

Asimismo, manifestó que la A.F.P. demandada incumplió con los deberes de buen consejo y asesoría, y sumado a esto, vulneró los principios de transparencia que deben imperar en el traslado de regímenes pensionales, razón por la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que de acuerdo con las sentencias SL-1421 del 10 de abril de 2019 y SL-1688 del 8 de mayo de 2019, no opera la misma cuando se trata de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental, como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, por lo que declaró no probada esta excepción.

Conforme a la excepción denominada error de derecho no vicia el consentimiento, formulada por COLPENSIONES, la declaró no probada, toda vez que como lo dejó claro la Sala de Casación Laboral

de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, se debe analizar la validez del traslado desde la óptica de los vicios del consentimiento, y en el caso de autos, esto no ocurrió, ya que la Administradora Colombiana de Pensiones analizó el traslado entre regímenes desde la óptica de la ineficacia.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, sostuvo que no se puede declarar que el acto de traslado de régimen es nulo porque se presenta un error en un punto de derecho que no vicia el consentimiento, y cualquier tipo de nulidad fue saneado durante los 20 años que estuvo la demandante en el R.A.I.S. Manifestó, que no se demostró que la accionante hubiere sido coaccionada para efectuar su afiliación al R.A.I.S., por esto, se entiende que su traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, y esto conlleva a la eficacia del mismo.

Finalizó su intervención, al señalar que el traslado de régimen cumple con los requisitos que imponía la ley en ese momento, que era la escogencia de régimen, en este caso, la demandante escogió el R.A.I.S., y no puede haber otro traslado porque se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2.° de la Ley 797 de 2003.

Por otra parte, **PROTECCIÓN S.A.** apeló con el argumento de que el 3% del Ingreso Base de cotización se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional, que dicho seguro se paga mes a mes a la aseguradora para que en caso de algún siniestro, dicha entidad pague la suma necesaria para financiar la pensión de invalidez y sobrevivencia.

Finalmente, dijo que los únicos dineros que serían procedentes realizar la devolución a Colpensiones serían los referentes a los aportes de la cuenta de ahorro individual de la afiliada y los

rendimientos generados, más no lo concerniente al seguro previsional, toda vez que fue descontado con base en la ley, y fue girado a la aseguradora que presta el servicio, quien es un tercero de buena fe.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; en los términos establecidos en la sentencia STL16175-2021, de la Sala de Casación Laboral, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que la Sala de Casación Laboral del Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, hizo referencia a la providencia SL1452-2019, y esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

> *«(…)* [L]*a elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las Administradoras de Pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse.*
>
> *«(…)* [E]*n cuanto al primer punto, es decir, al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió que* «desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y

dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)».

«(…) [E]*l simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto* que «la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (…) 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».

«(…) [R]*eferente a la carga de la prueba, se expuso que «el artículo 1604 del Código Civil establece que* "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (…) 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». *(…).»*

«(…) [R] especto de que solo es procedente la ineficacia del traslado cuando el afiliado tiene el derecho causado o es beneficiario del régimen de transición, se precisó que "[t]al argumento es equivocado, puesto que 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"»

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 9 de abril de 1960, hecho que es pacíficamente aceptado por las partes procesales (f.° 23); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.° de mayo de 1978 y el 31 de octubre de 1999, 460,86 semanas (f.° 52-53 y 193 a 197), de las cuales 222,86 fueron cotizadas al 1.° de abril de 1994; ***iii)*** que el 20 de agosto de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colmena, hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de noviembre de 2001 (f.° 236), y actualmente se encuentra con un total de 1776,14 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 237 a 251.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, en términos del fallo de tutela que hoy se cumple, de tiempo atrás viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Máxima Corporación, que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión apelada y consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCIÓN S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ SL1421-2019 y SL638-2020.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia de primer grado. Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

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

RESUELVE:

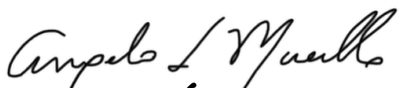
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, y en los términos establecidos en la sentencia STL16175-2021, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **OSCAR HERNÁN RODRÍGUEZ GUERRERO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y OLD MUTUAL S.A.,** litisconsorte necesario **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **026 2017 00534 01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL16920-2021 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que

COLFONDOS S.A., no lo asesoró de manera clara, veraz, adecuada y suficiente, respecto de las implicaciones que tendría el traslado de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el R.A.I.S., los riesgos, beneficios y desventajas; que se ordenara a OLD MUTUAL S.A., a trasladar a COLPENSIONES como administradora del R.P.M. los aportes, y rendimientos causados, como si nunca se hubiese surtido el traslado al R.A.I.S.; y que se ordenara a COLPENSIONES aceptar el traslado. Además, subsidiariamente, pretendió que se declarara la ineficacia e inoperancia de los efectos de su traslado al régimen de ahorro individual, toda vez que en su vinculación al fondo privado no existió un consentimiento libre, voluntario e informado. Consecuencialmente, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita.

Para el efecto, se tiene que nació el 10 de octubre de 1956, que se cotizó en el extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES, desde el 1.° de julio de 1994 hasta el 30 de noviembre de 1997; que el 29 de octubre de 1997, suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad 1.° de diciembre de 1997; que el 30 de noviembre de 2007, se afilió a PROTECCIÓN S.A., y el 1.° de noviembre de 2009, se afilió a OLD MUTUAL S.A., donde continúa afiliado. Así mismo, indicó que el día 17 de julio de 2017, reclamó administrativamente a COLPENSIONES, pero su petición fue negada (f.° 3 - 20).

Arguyó, que no fue asesorado por COLFONDOS S.A., entre otras cosas, respecto de las implicaciones que tendría sobre sus derechos pensionales, las diferencias entre uno y otro régimen, desventajas o inconvenientes del R.A.I.S., los requisitos para poder adquirir una pensión de vejez en ese régimen, que no todo el aporte mensual que

hiciera iría a su cuenta individual, sino que parte de éste se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y sobrevivientes, así como para cubrir el costo de administración del fondo, no le informó si tendría derecho o no a un bono pensional entregado por el R.P.M.

Como consecuencia de su traslado de régimen, ni de su posibilidad de negociarlo para anticipar su pensión, ni que el monto de su pensión en el R.A.I.S. se liquidaría teniendo en cuenta su expectativa de vida conjuntamente con la de sus beneficiarios, no le hizo proyecciones futuras de su pensión con las hipótesis que podrían surgir en cada uno de los dos regímenes, ni le informó sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el R.A.I.S. y cómo influiría todo lo anterior en su pensión.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 4 de octubre de 2017, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.° 67 - 69).

OLD MUTUAL S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; manifestó que no fue a través de ésta que el demandante realizó el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; que de pretender la nulidad del traslado, el demandante debió siquiera aportar prueba sumaria que sustentara dicha afirmación y señalar cuál de las causales se configuró en la celebración del contrato de traslado de régimen; y que el demandante se encuentra válidamente afiliado al R.A.I.S. a través de ésta A.F.P.

Propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción de la acción de nulidad y buena fe (f.° 105 -124).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; señaló que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se efectuó el traslado de régimen pensional del demandante al R.A.I.S., el cual cuenta con plena validez, sumado a que la afirmación del vicio de consentimiento acaecida en el proceso de traslado debe ser probado en el transcurso del presente trámite judicial.

Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (f.° 189 -191).

COLFONDOS S.A., inicialmente se opuso a todas y cada una de las pretensiones; arguyó que las pretensiones carecen de fundamento jurídico y fáctico, pues no se aportó prueba que demuestre que la vinculación del demandante a esta A.F.P. fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento; que el demandante suscribió formulario de vinculación con esta A.F.P. de manera libre y con su consentimiento expreso; que no le asiste razón al demandante al pretender la nulidad, toda vez que en ningún momento se vulneró su derecho pensional, puesto que el actor puede obtener una pensión de vejez en el R.A.I.S., siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley; que el actor no alegó la nulidad dentro del término legal para hacerlo; y que el cumplimiento de los motivos o las expectativas económicas que tuvo el demandante al momento de la afiliación al R.A.I.S., es imprevisible, lo cual no se condiciona a un engaño o una mala información por parte del fondo.

En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho frente a COLFONDOS S.A., inviabilidad del traslado de régimen pensional, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, la innominada o genérica, inaplicabilidad legal, mala fe por parte del demandante y ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. (f.° 151 - 178).

En la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo, en la etapa de decisión de excepciones previas, el apoderado de COLFONDOS S.A. solicitó a la Juez tener en cuenta lo manifestado a folio 168 del expediente, esto es, que el demandante no sólo estuvo vinculado a COLFONDOS S.A. en el año 1997, y a OLD MUTUAL S.A. en el año 2009, sino que además, en el interregno, se afilió a PROTECCIÓN S.A., esto para el año 2007, razón por la cual, la Juez, asistiéndole la razón, consideró que se debía vincular al proceso a esta A.F.P. en calidad de litisconsorte necesario, pese a que el demandante no lo hubiese manifestado en la demanda, y conforme a la historia laboral aportada por OLD MUTUAL S.A., donde se evidenciaba lo anterior, con el fin de que PROTECCIÓN S.A., contestara la demanda y manifestara si el demandante efectivamente estuvo afiliado a dicha entidad.

Así mismo, una vez vinculado a PROTECCIÓN S.A. al proceso, mientras se celebraba de nuevo la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo, en la fijación del litigio, COLFONDOS S.A. manifestó estar de acuerdo con lo pretendido por

el demandante, esto es, que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional del actor.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones; argumentó que el traslado del demandante es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, sumado a que el mismo, fue suscrito de forma libre, espontánea y sin engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier vicio, ya que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el cambio de régimen. Además, señaló que el demandante no puede soportar su pretensión principal en expectativas económicas respecto del valor de la mesada pensional, ya que un acto es nulo por vicios del consentimiento, no por la favorabilidad económica de un acto jurídico.

Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (f.° 242 - 253).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 14 de noviembre de 2019, declaró ineficaz el traslado del demandante al R.A.I.S., que en su caso administra OLD MUTUAL S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenó a OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo

existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, sin que tenga derecho a descontar alguna suma por concepto de administración; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante al R.P.M.; condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL S.A., y concedió recurso de apelación a OLD MUTUAL, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Consideró, que de acuerdo como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-12136 del 3 de septiembre de 2014, rad. 46292, en este tipo de procesos donde se pretende la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, se debe verificar si el fondo privado efectivamente suministró la información suficiente, completa y veraz, que permitiera al potencial afiliado la toma de una decisión informada, autónoma y consciente; lo cual no se acreditó en este proceso por COLFONDOS S.A., quien era el sujeto procesal con la carga para hacerlo, ni por ninguno de los demás fondos demandados, puesto que además, sobre él recaía el deber de informar al afiliado las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos que implicaba el traslado de régimen y a su vez los beneficios que obtendría, lo que tampoco no fue acreditado en este caso.

Respecto del deber de información de las A.F.P., señaló el criterio contenido en la sentencia del 3 de abril de 2019, rad. 68852 de la Corte Suprema de Justicia, donde se dijo que éste ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100, razón por la cual debe analizarse el momento histórico en el que se realizó la correspondiente afiliación, esto con el fin de establecer las obligaciones de las entidades demandadas, toda vez que las A.F.P. desde su creación tendían el deber de brindar la información completa a sus afiliados, a fin de que éstos pudiesen adoptar una

decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, lo cual, con el transcurrir del tiempo se intensificó, acumulando más obligaciones, pasando de un deber de obligación necesaria, al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría, lo cual consecuentemente, genera en los jueces la necesidad de evaluar el cumplimiento del deber de información de las A.F.P., de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que éste siempre ha existido.

Respecto del caso bajo estudio, arguyó que el hecho de que el demandante en su interrogatorio de parte haya manifestado tener conocimiento acerca de su cuenta de ahorro individual, esto no quiere decir y de ahí no se puede desprender, que el demandante tuviese conocimiento de las demás características del R.A.I.S., las cuales debieron ser informadas oportunamente por la demandada COLFONDOS S.A., quien incurrió en una omisión del deber de información.

Frente a lo manifestado por OLD MUTUAL S.A. respecto del conocimiento del demandante de las características propias del R.A.I.S., basado en que éste realizó aportes voluntarios, acogió lo dicho por el demandante en su interrogatorio de parte, esto es, que los mismos fueron realizados ya que su empleador para ese momento creó un modelo de ahorro con Skandia, quien no demostró que haya informado al demandante respecto de la utilidad de los mismos; arguyó que tan fue así, que el demandante manifestó haber hecho uso de dicho ahorro debido a que se encuentra desempleado, de lo cual desprendió que el demandante no lo realizó para aumentar su mesada pensional, como lo manifiesta la demandada, sino que consideraba que dicho ahorro lo podía retirar después de un tiempo, pues solamente lo realizó para obtener unos beneficios tributarios y no para generar una mejor mesada pensional.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

OLD MUTUAL S.A., inicialmente interpuso recurso de apelación solicitando que fuese revocada íntegramente la sentencia proferida por el juez de primera instancia; sin embargo, mediante memorial allegado el día 19 de diciembre de 2019, visible a folio 271 del expediente, presentó desistimiento parcial del recurso de apelación, en lo referente a la oposición al traslado de régimen pensional; solicitando surtir el mismo, sólo en lo atinente a la oposición del reintegro de los gastos de administración y que no fuese condenado en costas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; en los términos establecidos en la sentencia STL16920-2021 de la Sala de Casación Laboral, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que la Sala de Casación Laboral del Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, hizo referencia a la providencia SL1452-2019 y esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

«(…) [L]a obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.

[L]*a elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las Administradoras de Pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse.*

«(…) [E]*n cuanto al primer punto, es decir, al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió que* «desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)».

«(…) [E]*n cuanto al segundo punto simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto* que «la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (…) 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».

«(…) [R]*eferente a la carga de la prueba, se expuso que «el artículo 1604 del Código Civil establece que* "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (…) 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». *(…).»*

«(…) Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del

consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que el demandante fue asesorado, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a COLFONDOS S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 10 de octubre de 1956 (f.º 37); ***ii)*** que el 1.° de abril de 1994, se afilió al R.P.M., donde permaneció hasta el día 30 de noviembre de 1997, cotizando un total de 172,29 semanas (f.º 39); ***iii)*** que el 29 de octubre de 1997, suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad 1° de diciembre de 1997 (f.° 179); que el 30 de noviembre de 2007, se afilió a PROTECCIÓN S.A. (f.° 268), y que desde el 1.° de noviembre de 2009, se encuentra vinculado a la A.F.P. OLD MUTUAL S.A. (f.° 42);

se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 1.º de agosto de 1959 (f.º 22); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de febrero de 1983 y el 31 de diciembre de 2002, 740.86 semanas cotizadas, por lo que a 1.º de abril de 1994, tenía un total de 582.42 semanas cotizadas, y 35 años (f.º 92); ***iii)*** el 1.° de noviembre de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º marzo de 2003 según reporte de Asofondos (f.º 155); ***iv)*** el 4 de mayo de 2015, realizó traslado horizontal a Old Mutual S.A. (f.º 57), donde continua actualmente afiliado con un total de 1.557.57 semanas cotizadas de acuerdo con la historia laboral que obra de f.º 123 a 134; y ***v)*** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del

deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, en términos del fallo de tutela que hoy se cumple, de tiempo atrás viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Máxima Corporación, que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión apelada y consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de Old Mutual S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ SL1421-2019 y SL638-2020.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia de primer grado. Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, y en los términos

establecidos en la sentencia STL16920-2021, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por MARÍA CLAUDIA MURIEL BOTERO contra COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A.

EXP. 11001 31 05 **005 2018 00310 01.**

Bogotá D.C., treinta y uno 31 de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL15904-2021 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad de la afiliación con la Administradora de Pensiones I.N.G. fusionada con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por ser asesorada de forma equivocada, y por no haberle sido entregada una simulación pensional con anterioridad al cambio de

régimen. Consecuencialmente, que se ordenara su retorno a Colpensiones, con las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos, y los intereses, como lo establece el artículo 1746 del Código Civil, y que se condenara en costas a las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 19 de octubre de 1962, y cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 402 semanas desde 1983; que el 30 de mayo de 2008, ante las promesas falsas de una asesora de la A.F.P. I.N.G. se trasladó con el desconocimiento de las consecuencias que acarrearía dicha decisión, respecto de la disminución de su mesada pensional; que el fondo privado no le notificó la posibilidad que tenía de retornar al régimen de prima media consagrada en la Ley 797 de 2003; que el 17 de mayo de 2017, Colpensiones le negó el retorno al Régimen de Prima Media, y que para enero de 2018, reporta cotizadas un total de 894 semanas. Finalmente, aclaró que no busca obtener la transición al ser consciente de que no tiene derecho a la misma.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 56).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, la buena fe y las demás declarables de oficio (f. ° 64 - 66).

PROTECCIÓN S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor. Invocó las excepciones de prescripción, cobro

de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.° 85 - 96).

LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio (f.º 56).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en sentencia de 23 de septiembre de 2019, declaró la nulidad del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual a través de ING hoy Protección S.A.; ordenó a Protección S.A., la devolución a Colpensiones del valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, los frutos, y los intereses; dispuso que Colpensiones recibiera dichos rubros; actualizara la historia laboral de la demandante, y no condenó en costas

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia de primera instancia en su totalidad.

Esgrimió, que la accionante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, por lo que ejerció el derecho de libre escogencia, y adujo que el traslado solicitado afecta los intereses y descapitaliza el fondo pensional, por lo que pone en riesgo las pensiones de los demás afiliados al régimen de prima media.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen

pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; en los términos establecidos en la sentencia STL15904-2021 de la Sala de Casación Laboral, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 28 de enero de 2021, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que la Sala de Casación Laboral del Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, hizo referencia a la providencia SL1452-2019 y esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

> *«(…)* [E]*n cuanto al primer punto, es decir, al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió que* «desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)».
>
> *«(…)* [E]*l simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto* que «la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (…) 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».
>
> *«(…)* [R]*eferente a la carga de la prueba, se expuso que «el artículo 1604 del Código Civil establece que* "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (…) 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». *(…).»*

(…) *[F]inalmente lo que corresponde al cuarto ítem, respecto de que sólo es procedente la ineficacia del traslado cuando el afiliado tiene el derecho causado o es beneficiario del régimen de transición*, se precisó que: «[t]al argumento es equivocado, puesto que 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***».***

Así las cosas, se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 19 de octubre de 1962 (f.º 23); ***ii)*** que no es beneficiaria del régimen de transición, hecho aceptado por las partes en la demanda y contestación; ***iii)*** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 29 de septiembre de 1983 y el 30 de junio de 2008, 402 semanas (f.º 33 - 38, y f.º 74 - expediente administrativo), ***iv)*** y que el 30 de mayo de 2008, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A. (f.º 24 - 25); ***v)*** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, en términos del fallo de tutela que hoy se cumple, de tiempo atrás viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Máxima Corporación, que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión apelada y consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de Protección S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional, en los

términos aducidos en las sentencias CSJ SL1421-2019 y SL638-2020.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia de primer grado. Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, y en los términos establecidos en la sentencia STL15904-2021, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN