



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARGARITA GUERRERO RAMOS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 009 2019 00572 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 28 de julio de 2021, por el Juzgado 9.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a PORVENIR S.A., en abril de 1997 y a PROTECCIÓN S.A., en el mes de marzo de 2000, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a la administradora de pensiones PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas; así mismo, que se condene a COLPENSIONES a actualizar su historia laboral y reconocer la pensión de vejez junto con el retroactivo pensional desde la desvinculación al sistema,, más los intereses moratorios e indexación (f.º 38).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 31 de marzo de 1962; y que tiene la edad de 57 años, consecuentemente el 1.º de abril de 1997, Margarita Guerrero Ramos suscribió el formulario de afiliación ante la A.F.P. PORVENIR S.A., trasladándose del extinto I.S.S. hoy COLPENSIONES a PORVENIR S.A.; agregó además, que en el formulario hay espacios en blanco que no llenó, y que en la empresa que laboraba fue abordada por los asesores de PORVENIR donde les brindaron información a ella y a los demás empleados de la empresa diciéndoles que el I.S.S. iba desaparecer motivando así su traslado.

Afirmó, que en marzo de 2000, suscribió el formulario de afiliación ante la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., consecuentemente tanto PORVENIR S.A., como PROTECCIÓN S.A., nunca le suministraron información acerca de poder trasladarse nuevamente

al R.P.M., agregó, que la mesada pensional que obtendría la demandante en el régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES teniendo en cuenta el I.B.L. ascendería a \$1.556.806, en comparación al R.A.I.S. de \$828.116.

Añadió, que el 15 de agosto de 2019, radicó ante COLPENSIONES, formulario de afiliación para obtener el traslado de régimen y así mismo el reconocimiento de la pensión de vejez, pero las solicitudes fueron negadas (f.º 37)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 19 de septiembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 58).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación por pasiva, ineficacia del traslado de régimen, improcedencia al reconocimiento de vejez, inexistencia de la obligación, error de derecho, buena fe, prescripción, presunción de legalidad, innominada o genérica (f.º 85-103).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas: declaración de manera libre y espontánea, buena fe, inexistencia de la obligación, prescripción (f.º 139-141).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica (f.º 260-262).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f. º 474).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de julio de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 1.º de abril de 1997, ante PORVENIR S.A.; en consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN S.A., a trasladar los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES cuotas de administración y comisiones, que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

También, ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, recibir de PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., todos los valores que le fueron trasladados, así mismo ordenó a COLPENSIONES, que abone tales dineros al fondo común que administra, convalide la historia laboral de la demandante, le reconozca la pensión de vejez de conformidad con los artículos 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, y 9º de la Ley 797 de 2003 a razón de 13 mesadas anuales, quedando supeditada la fecha del disfrute al retiro del sistema o al momento en que cesen las cotizaciones en pensión, con la respectiva autorización de descuento para los aportes en salud. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a cargo de PORVENIR S.A., y en favor de la demandante. (f.º 607-608).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento que todas las actuaciones de Colpensiones están en caminadas al principio

constitucional de sostenibilidad financiera y las disposiciones legales de la Ley 797 de 2003, y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Arguyó, que la demandante solicitó la nulidad del traslado en el año 2019 y que para la fecha contaba con 57 años de edad, por lo tanto, ya se encontraba inmersa en la prohibición legal para realizar el traslado, y al no contar con 15 años de cotizaciones para el 1 de abril de 1994 sería improcedente para Colpensiones tenerla afiliada.

Por lo tanto, no sería jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones al no percatarse los afiliados al momento de trasladarse de un fondo público a un privado, estaría desvirtuando el principio de confianza legítima. Afirmó, que las leyes que surgieron de 1994 a 2016, no exigían nada diferente que el documento de afiliación, donde constaba la plena intención de los afiliados de permanecer en el régimen de ahorro individual como fue el caso de la demandante de permanecer más tiempo en el régimen de ahorro individual. Finalmente indicó, que de confirmarse la decisión, se debe garantizar la totalidad de los aportes y en todo caso, deberá revocarse la pensión de vejez concedida.

PORVENIR S.A., sostuvo que no se incurrió en una prohibición legal que impidiera el traslado de régimen a la demandante, por ende, se trató de un acto voluntario y libre, máxime cuando la demandante firmó el formulario afiliación siendo consciente de lo que hacía además de ello los aportes generados por ella.

Arguyó, que si bien las altas cortes han manifestado que el formulario no consiste como prueba verídica para considerar una indebida información era la única prueba legible para aquella época, afirmó, que la demandante siempre tuvo la intención de permanecer en el régimen de ahorro individual con la firma del formulario.

Dijo, que en caso de proceder la nulidad o la ineficacia del traslado las únicas sumas que deben retornar son los concernientes aportes, rendimientos de cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de los gastos de administración.

Por lo tanto, agregó la demandada PORVENIR S.A. que desempeñó una excelente gestión de la cuenta de ahorro individual de la demandante, además los dineros de la parte actora no sufrieron deterioro alguno, al contrario, le generaron buenos rendimientos los cuales favorecieron a la parte actora. Afirmó, no sería justo que lo condenaran en costas y no a PROTECCIÓN S.A., y a COLPENSIONES que también son parte del proceso.

PROTECCIÓN S.A., apeló con el argumento le revocaran la condena de devolver los dineros cobrados en gastos de administración y el pago de pólizas de los seguros provisionales, iría en contra la Ley 100 de 1993, en su artículo 20, y que fue ratificado en la Ley 797 de 2003, en su artículo 7.º.

Arguyó, que la entidad que representa tuvo una buena gestión profesional hacia la demandante donde dichos recursos crecieron exponencialmente, por lo tanto, que su finalidad es generar rendimientos, y no lo hacen a título gratuito, máxime cuando tuvo que sufragar los gastos por conceptos de honorarios los cancelaron a los funcionarios; afirmó, que realizaron una buena administración por los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Dijo, condenan a la entidad, se estaría generando un enriquecimiento a la demandante, los gastos de administración los utilizan de manera oportuna para sufragar los gastos adicionales de

los seguros, como eventualidades que le hubiese generado a la demandante como una prestación económica de invalidez o pensión de sobreviviente, los seguros se hubieran activado en su momento.

V.ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 31 de marzo de 1962 (f.º 33); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 9 de agosto de 1985 hasta el 30 de abril de 1997, 601,57 semanas (f.º 77-79); **iii)** que el 1.º de abril de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de junio de 1997 (f.º 249, 263), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1.564.43 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de (f.º 22 a 26, 111-127) y la certificación de (f.º 104, 110).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación

respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 1.º de abril de 1997, se trasladó al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (f.º 14 vto), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliada a PROTECCIÓN S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a (f.º 104,110,128), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, debe anotarse, frente a la devolución de todos los

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PROTECCION S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, seguros, garantías, gastos de administración y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión

es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”³, por lo que resulta acertada la decisión de la juzgadora de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 1.º de abril de 1997, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 104, 110 y 111-127), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PROTECCION S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, seguros, garantías, gastos de administración y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, en lo concerniente al reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, no es posible pasar por alto la condena proferida por la juzgadora de primera instancia, la cual no pertenece respecto de la cuantificación al área de los cálculos del juez laboral, ni respecto del establecimiento de las condiciones fácticas de reconocimiento. Esto, por cuanto aún no se ha hecho la debida reclamación administrativa conforme al reconocimiento como afiliada

³ CSJ SL1688-2019.

al régimen de prima media con prestación definida del cual disfruta ahora la demandante, ya que, si bien se le reconoce como afiliada desde 1985, no se le reconoce para los efectos de la solicitud de pensión, la cual no puede considerarse realizada hasta al menos el efecto de este reconocimiento.

Para ello, deberá la demandante hacer envío de la respectiva solicitud a COLPENSIONES, conforme a los medios y trámites correspondientes para tal efecto, y esta entidad definirá el monto de su pensión de acuerdo al monto y registro de lo que le sea trasladado en su totalidad por las A.F.P. PORVENIR SA y PROTECCIÓN S.A., es decir, del dinero proveniente del régimen de ahorro individual, y se vean reflejados los valores en la historia laboral, la cual a su vez tendrá que cuantificar su pago según la condena que hizo la juez *a quo*. Y sólo obtendrá el pago de su pensión con retroactivo a considerar a partir de la radicación de su solicitud en la que además puede solicitar la corrección de la historia laboral, si a bien lo tiene, y en la medida en que, según lo prescriban los cauces legales, lo establezca la autoridad pertinente. Por todo esto, en este aspecto de la parte resolutive, y en el relativo a la autorización de descuento para el pago de cuotas de E.P.S. consecuente al mismo, esta sentencia procederá a **REVOCAR** la decisión de la jueza de primer grado, sobre este punto de controversia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera, quedarán a cargo de las AFP Protección SA y Porvenir SA, a prorrata y según la cuantía establecida por la *a quo*, en la medida que fueron quienes incurrieron en la omisión al deber de información.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales **QUINTO** y **SEXTO** de la sentencia proferida el 28 de julio de 2021, por el Juzgado 9.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** del reconocimiento de la pensión de vejez pretendida por **MARGARITA GUERRERO RAMOS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotización, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, seguros, garantías, gastos de administración y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, acorde con lo considerado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera, quedarán a cargo de las AFP Protección SA y Porvenir SA, a prorrata y según la cuantía establecida por la *a quo*

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARMEN ELIZABETH ROZO UZETA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 002 2019 00177 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2021, por el Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **VIVIANA MORENO ALVARADO**, en

los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 13 (cuaderno del tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado a PORVENIR S.A., por existir un vicio en el consentimiento de la demandante y por el incumplimiento al deber de información por parte de la A.F.P. demandada; como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declarara que la demandante siempre estuvo afiliada a COLPENSIONES sin solución de continuidad, y se condenara a PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes efectuados por la afiliada junto con todos sus rendimientos e intereses, así como gastos de administración a COLPENSIONES, y se condenase a esta última a activar la afiliación de la demandada, y a aceptar y recibir el traslado de los aportes, y demás sumas de dinero trasladadas por PORVENIR S.A.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de julio de 1960, afiliándose inicialmente al extinto I.S.S. con un total de 82,86 semanas cotizadas entre el 1.º de enero de 1996 hasta el 31 de julio de 1999, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 8 de octubre de 1999, teniendo actualmente 1055 semanas cotizadas.

Afirmó, que dicho traslado se dio como resultado de las promesas fraudulentas, engaños y ofrecimientos de falsos beneficios realizados por los asesores de PORVENIR S.A., quienes además omitieron informar a la demandante acerca de las diferencias entre los regímenes pensionales y las características que tenía cada uno de ellos a la hora de liquidar la pensión de vejez.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de junio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01, página 69).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas por la demandante; y en su defensa, invocó las excepciones las de Inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, Buena fe y Prescripción (Archivo 01, páginas 81-85).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de Prescripción, Buena fe e Inexistencia de la obligación (Archivo 01, páginas 164-166).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 01, páginas 230-236).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de agosto de 2021, declaró la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., el 8 de octubre de 1999; como consecuencia de esto, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado sin lugar a descuento alguno, condenando a esta última a aceptar dichos valores y a tener como válida la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida efectuada el 24 de noviembre de 1995; declaró

como no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A. (Archivo audiovisual 14 y Archivo 14, páginas 4 y 5).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., solicitó que se revocara la sentencia proferida y sostuvo que la falta de material probatorio referente a la información brindada a la demandante refiere únicamente a que, para el momento del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no era obligatorio documentar la información suministrada al potencial afiliado, pues esta se daba de forma verbal. Argumentó, que en todo caso se evidencia una falta de diligencia por parte de la demandante, pues no aprovechó los canales de información e incumplió con sus deberes como consumidora financiera, toda vez que no formuló preguntas durante la asesoría ni posterior a ella.

Finalmente, solicitó de manera subsidiaria que, de ser confirmada la sentencia, el tribunal revocara la devolución de los gastos de administración, toda vez que estos se generaron como retribución por la gestión de PORVENIR S.A. sobre los dineros de la demandante durante el tiempo en que estuvo afiliada al fondo, agregando que de haber estado afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida también habría sufrido estos descuentos.

COLPENSIONES, solicitó que se revocara íntegramente la sentencia proferida, argumentando que la afiliación no es un acto unilateral, por lo que genera obligaciones a cargo de ambas partes, por lo que si bien la A.F.P. tiene la obligación de brindar información acerca del traslado y sus consecuencias, el afiliado también tiene la obligación de informarse.

Arguyó, que declarar la ineficacia del traslado atenta directamente contra el principio de la relatividad de los negocios jurídicos, pues generaría una afectación a COLPENSIONES, descapitalizando el fondo común y atentando contra el principio de sostenibilidad financiera.

Además, adujo que no es procedente la declaratoria de nulidad del traslado, debido a que esta fue una manifestación libre y espontánea de la demandante, además de que ha estado afiliada al R.A.I.S. por más de 20 años sin mostrar inconformidad con ello.

Finalizó solicitando que, de accederse a las pretensiones de la demandante, la obligación de hacer de COLPENSIONES esté sujeta al previo cumplimiento de PORVENIR S.A. del traslado de todas las sumas a las que fue condenada.

V.ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 15 de julio de 1960 (Archivo 01, página 19); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 24 de noviembre de 1995 hasta el 31 de julio de 1999, 82,86 semanas (Archivo 01, páginas 20-23 y 87-91); **iii)** que el 8 de octubre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de diciembre de 1999 (Archivo 01, páginas 24, 198 y 199), A.F.P. a la cual se encuentra vinculada hoy en día, con un total de 1055 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en el Archivo 01, páginas 25 a 33.

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

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

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

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

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

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en

especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 8 de octubre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.,

A.F.P. a la que sigue afiliada en la actualidad, según los formularios que reposan en el expediente (Archivo 01, páginas 24, 198 y 199), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

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

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 8 de octubre de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 01, páginas 24, 198 y 199), por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los

³ CSJ SL1688-2019.

aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

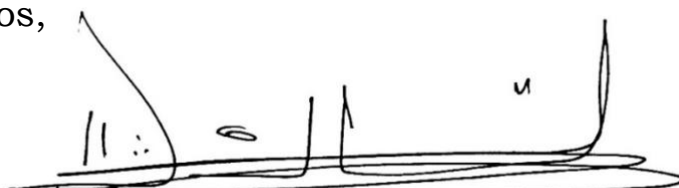
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2021, por el Juzgado 2.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MIGUEL ARTURO BARRETO MONTAÑA**. en contra de **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A., SKANDIA**

EXP. 11001 31 05 0002 Tr (031 2019 00758) 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 24 de junio de 2021, por el Juzgado 2.º transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a PORVENIR S.A., al no brindarle información suficiente clara y precisa, y haberle ocultado información que sufriría un detrimento de su derecho pensional, actuando así PORVENIR S.A., de la mala fe al haberlo hecho incurrir en error al demandante y que permaneciera en el régimen de ahorro individual. (Archivo expediente pág. 7).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 24 de junio de 1957; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 23 de julio de 1979 hasta el 4 de febrero de 1999, momento en el que fue visitada por los asesores de PORVENIR S.A., quienes le brindaron información acerca de las cesantías, y ventajas que tendría en dicho fondo lo que motivó su traslado de cesantías a dicho fondo. Agregó que PORVENIR S.A., no le informó al demandante las ventajas y desventajas que traería el traslado de régimen, por lo tanto, al no brindarle información acerca del bono pensional solo podía redimirse una vez alcanzara la edad mínima, y que actualmente se encuentra en PORVENIR.

Afirmó, que su proyección pensional en COLPENSIONES sería de un monto de \$9.766.537, en comparación en PORVENIR S.A., que obtendría una mesada pensional de \$2.886.900, por lo tanto, es evidente el daño generado por PORVENIR S.A., respecto de la mesada pensional que obtendría en ese fondo el demandante.

El 30 de octubre 2019, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, y que el 31 de octubre del 2019, su solicitud fue negada (Archivo expediente, pág. 6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 3 de diciembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo expediente, pág. 61).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de legitimación en la causa, inexistencia del derecho para regresar, prescripción, caducidad, inexistencia de causa de la nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, innominada o genérica (Archivo expediente, pág. 76-82)

SKANDIA, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, genérica. (Archivo 012, expediente pág. 26-27)

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, acción de nulidad, cobro de lo no debido, buena fe (Archivo 06, expediente, pág. 30-31).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 015, expediente, pág. 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2.º transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante, al régimen de prima media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

PORVENIR S.A., el día 4 de febrero de 1999, con fecha de efectividad del 1.º de abril del mismo año, condenó a PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos al demandante, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, ordenó a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por el demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual. Estableció a COLPENSIONES reactivar de manera inmediata la afiliación de MIGUEL ARTURO BARRETO MONTAÑA al régimen de prima media con prestación definida, la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a las partes (Archivo 037, expediente, pág. 1-2).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que no resulta viable declarar la nulidad del traslado al R.A.I.S., con base en un presunto vicio en el consentimiento, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se efectuó dicho traslado y los diferentes traslados que tuvo en el régimen de ahorro individual, por lo tanto, era consiente el demandante de lo que estaba haciendo al momento de permanecer en el régimen de ahorro individual.

Afirmó, que se derrumbó la teoría probatoria con la declaración de los dos testigos allegados y que eran testigos de oídas, y sus declaraciones fueron débiles que proporcionaron al despacho; en consecuencia, se debe valorar lo manifestado por los testigos y los distintos traslados que tuvo en el R.A.I.S., con lo que se evidencia que las asesorías brindadas por cada fondo, estuvieron acorde con las características propias del R.A.I.S., sin que ello se pueda considerar ventajoso o no. Añadió, que debe ser exonerada de la condena

impuesta.

PORVENIR S.A., sostuvo en su recurso, que no se incurrió en una prohibición legal, cuando le brindaron la información al demandante al momento del traslado, y que el libre y voluntariamente acepto las condiciones de trasladarse al régimen de ahorro individual en su momento a dicho fondo de pensiones.

Agregó, que el demandante conocía que su mesada pensional seria pagada con base en lo que lograra ahorrar en su cuenta de ahorro individual, por lo tanto, existen unas etapas para el deber de información, el cual no ha sido estático en el tiempo, sino por el contrario ha variado a partir de múltiples desarrollos jurisprudenciales y normativos en virtud de los cuales se les exigen a las A.F.P., y no estaban vigentes al momento de la afiliación del demandante, que fue en el año 1999, cuando PORVENIR solamente estaba obligada a entregar información sobre las características principales, condiciones, y limitaciones, y ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales que fue la obligación con la que cumplió la parte demandada.

Afirmó, que PORVENIR no incurrió en ninguna falta de derecho, no tendría por qué verse obligada a devolver los gastos de administración, sino los porcentajes de fondos de garantía de pensión mínima, y tampoco debería verse obligado a devolver los aportes y rendimientos en su cuenta de ahorro individual. Por lo anterior, solicitó se revocara la providencia y absolviera a PORVENIR de las condenas impuestas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de

la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 24 de junio de 1957 (Archivo expediente, pág. 4) **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 23 de julio de 1979 hasta el 31 de marzo de 1999, 854, 29 semanas (Archivo expediente, pág. 27-30); **iii)** que el 4 de febrero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de abril de 1999 (Archivo 06, pág. 53), y que luego de varias transferencias entre

administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculado a PORVENIR S.A., con un total de 2.011 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de (Archivo expediente pág. 31-36, Archivo 06, pág. 36-48) y la certificación de (Archivo 06, pág. 56)

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y

sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

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

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

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

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

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

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

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

el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 4 de febrero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (Archivo expediente pág. 23 y Archivo 06, pág. 53), y después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a PORVENIR S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles (Archivo 06, pág. 54, 56, 57), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A., devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 4 de febrero de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo expediente pág. 23, y Archivo 06, pág. 53,56,57), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

³ CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2021, por el Juzgado 2.º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA OFELIA MONTAÑA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 002 Tr (038 2019 00659) 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 6 de agosto de 2021, por el Juzgado 2.º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C.

Se procede a reconocer personería a la abogada ANGELLY JULIANA SALAZAR CAICEDO, como apoderada sustituta de

COLPENSIONES, de conformidad con el oficio visible a f.º 17, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que los traslados y afiliaciones al régimen de ahorro individual con solidaridad (R.A.I.S.) administrados por Protección S.A. y por Porvenir S.A. sean nulas y/o ineficaces, y, consecuentemente, que se mantuvo afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media (R.P.M.). Pidió, además, que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración de su cuenta individual, y los detalles de los aportes trasladados; a Colpensiones a recibir a la afiliada y los dineros ya mencionados, actualizando su historia laboral; y también al pago de costas del proceso, y lo *ultra y extra petita* que resulte probado en él (archivo 1, págs. 4-5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 22 de mayo de 1960, realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, entre el 1.º de julio de 1979 y el 30 de septiembre de 1997, por 812,86 semanas de cotización; que el 17 de octubre de 1997 se trasladó al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colmena S.A., absorbida por Protección S.A., hasta 1998, cuando se trasladó a fondo administrado por Porvenir S.A., con un total de 1868 semanas cotizadas en su vida laboral, hasta 28 de mayo de 2019.

Manifestó, igualmente, que a ambos traslados la llevaron procesos de afiliación en los que la A.F.P. habría omitido el cumplimiento de su deber de información, y que, para 28 de mayo de 2019, tras simulación pensional, le fue avisado que su mesada en el R.A.I.S. sería de 1 salario mínimo, mientras en R.P.M. sería de \$1.782.500. También, afirmó haber realizado solicitud de traslado de

ORD. VIRTUAL (*) n.º 002 Tr (038 2019 00659) 01
Promovido por **MARÍA OFELIA MONTAÑA**
contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

régimen a Colpensiones, Protección S.A. y a Porvenir S.A., a lo cual ambas entidades se negaron (*idem*, págs. 5-6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 30 de septiembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas para obtener su contestación, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (*idem*, págs. 94-95).

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda el 19 de noviembre de ese año, oponiéndose las pretensiones que exigían de ella prestaciones, e invocó en su defensa las excepciones de Falta de legitimación en la causa por pasiva, Declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la A.F.P., Inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual Protección S.A., Inexistencia de la obligación de devolver al seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, Prescripción, y la Genérica (*idem*, págs. 112-124).

COLPENSIONES, contestó la demanda el 11 de febrero de 2020, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de Prescripción, Presunción de legalidad de los actos administrativos, Cobro de lo no debido, Buena fe, y la Innominada o genérica (*idem*, págs. 140-149).

PORVENIR S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación, y la Genérica (archivo 2).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio tras su acuse de recibo, de fecha 24 de enero de 2020 (archivo 1, págs. 138-139).

El 13 de noviembre de 2020, se tuvo por contestada la demanda por las demandadas, y se citó a audiencia (archivo 3). Mas, el 30 de abril de 2021, el Juzgado 38.º remitió el expediente al Juzgado 2.º Transitorio, conforme con el Acuerdo PCSJA21-11766, del 11 de marzo de 2021 (archivo 9), y este avocó conocimiento el 30 de julio hogaño.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2.º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 6 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 17 de octubre de 1997 al fondo administrado por Colmena AIG, hoy Protección S.A.; condenó y ordenó a Porvenir S.A. devolver los valores recibidos de los empleadores de la demandante, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar cuotas de administración, comisiones, o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. Además, condenó en costas, declaró no probadas las excepciones y absolvió de las demás pretensiones (archivo 16).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló solicitando la revocatoria total de la sentencia, y su absolución, argumentando que el deber de información no imponía deber de doble asesoría y buen consejo, como en el presente; y que aplicarlo vulneraría la confianza legítima, la legalidad y el debido proceso, más por cuanto Colpensiones no estuvo involucrada en los actos de traslado, y deberá cargar con el reconocimiento pensional. Afirmó también, que en los momentos de los traslados no se exigía más que el consentimiento vertido en el

formulario de afiliación, que la demandante mostró desinterés en volver al R.P.M., y que no estaba en manos de las A.F.P. rechazar los traslados solicitados por la demandante misma. Por esto, se habría ratificado su voluntad de permanencia a lo largo de los 20 años de afiliación al R.A.I.S.

Adujo, asimismo, que la sentencia estaría generando descapitalización del Sistema General de Pensiones, dado que no habría aportado al fondo común del R.P.M. por todo ese tiempo. Subsidiariamente, solicitó la devolución de las sumas percibidas por concepto de “cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y demás pertenecientes a la cuenta individual de la actora, que estos sean debidamente indexados”, sin descuentos, para evitar el detrimento patrimonial de Colpensiones, y se dé defensa al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional (archivo 15, mins 1:33:55-1:41:50).

PORVENIR S.A., también presentó recurso de apelación, pidiendo la revocatoria de las condenas en su contra, y su absolución, argumentando que se confunde el efecto jurídico de la ineficacia, pues, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, debería solo dejarse en libertad al afiliado para volver a elegir administrador de pensiones, y no retrotraer los efectos de la afiliación, siguiendo el artículo 1746 del Código Civil. Por esto, debería seguirse el artículo 113 de la Ley 100, sin incluir el traslado de los gastos de administración. Más aún, opuso, si se seguirá la Ley civil debería hacerse sin escisiones, y debería haber restituciones mutuas

Respecto de los gastos de administración, mencionó que nunca fue demostrado un perjuicio, como para que sean devueltas unas sumas asignadas a ella por disposición legal. Más bien, se generaron rendimientos financieros. En suma, se estarían incumpliendo los principios del derecho sancionatorio mediante esta condena, y no se estaría respetando el artículo 964 del Código de comercio, que los

regula como gastos prescriptibles, frutos financieros de tracto sucesivo. A su vez, no tienen la vocación de imprescriptibilidad del artículo 48 de la Constitución por tratarse de emolumentos de las A.F.P. Finalmente, objetó que la condena en costas, no siendo fruto de sanción, debería recaer compartidamente entre las demandadas (*idem*, mins 1:42:00 y ss.).

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL de 13 de may. de 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también a la postura del Honorable Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida; y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

por falta de información suficiente por parte de la administradora demandada, incluyendo el análisis de la argumentación de la eventual existencia de vicios del consentimiento, la relevancia de perjuicios eventualmente irrogados mediante la afiliación o traslado, de la objeción de descapitalización del Sistema General de Pensiones, de la repartición de costas entre las demandadas y de los conceptos que procedería devolver en una ineficacia de traslado.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 22 de mayo de 1960 (*idem*, pág. 14); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de julio de 1979 hasta el 30 de septiembre de 1997, 812,86 semanas (archivo 13, págs. 15-18); **iii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colmena AIG, hoy Protección S.A., el 17 de octubre de 1997, con fecha de efectividad de 1.º de diciembre de 1997 (archivo 1, pág. 125, archivo 2, pág. 107); luego de lo cual se trasladó a la A.F.P. Horizonte, hoy Porvenir S.A., el 3 de noviembre de 1998, con fecha de efectividad de 1.º de marzo de 1999 (*idem*, pág. 19, archivo 2, pág. 107), con un total de 1937 semanas cotizadas para el 25 de agosto de 2020, según lo informado en la historia laboral emitida por Porvenir S.A., que reposa en las páginas 65 y ss. del archivo 2.

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

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

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

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

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

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas

que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante sufrió traslado efectivo desde octubre de 1997, y aparece consolidado el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad en el fondo de pensiones administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., y a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. Ahora, estos formularios, si bien refieren que la decisión se

adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

Por su parte, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere-, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, de la garantía de pensión mínima y del seguro previsional, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia CSJ SL1421-2019:

“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

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere–, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, gastos de administración, lo aportado a la garantía de pensión mínima, y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de

³ CSJ SL1688-2019.

ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.; por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes que posea la demandante en su cuenta, junto con cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere–, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, gastos de administración, lo aportado a la garantía de pensión mínima, y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta segunda instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **SEGUNDO y TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 6 de agosto de 2021, por el Juzgado 2.º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones obligatorias o voluntarias, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, lo pagado por concepto de seguro previsional y garantía de pensión mínima, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

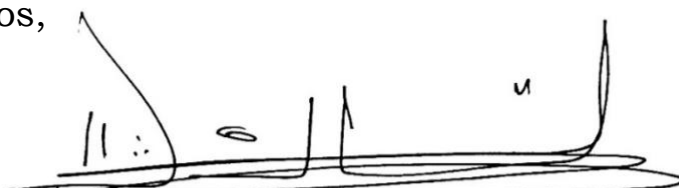
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MARINA TEUTA RÍOS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 005 2020 00090 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 2 de julio de 2021, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a COLFONDOS S.A., el mes de junio de 1994; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a COLFONDOS, trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, (Archivo 01 expediente, pág. 1).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 11 de julio de 1961; y que se afilió en el extinto I.S.S. el 18 septiembre de 1978, en consecuencia, el mes de julio de 1994, se afilió a COLFONDOS; agregó, que no le brindaron información clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto del cambio de regímenes, por lo tanto, no le contaron las ventajas y desventajas del cambio de régimen.

Afirmó, que la demandante cuenta con 1995 semanas cotizadas en la A.F.P. COLFONDOS, arguyó, que su mesada pensional para el año 2019, en el régimen de prima media de COLPENSIONES sería de \$7.921.516, en comparación en el régimen de ahorro individual de \$4.799.281.

Solicitó, en el año 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada por parte de Colpensiones y Colfondos, (Archivo 01 expediente, pág. 2).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 14 de septiembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01 expediente, pág. 97).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones de

fondo, las de buena fe, innominada o genérica, compensación y pago. (Archivo 01 expediente, pág. 177-183).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa, presunción de legalidad, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica, (Archivo 01 expediente, pág. 272-289)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 01 expediente, pág. 335).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de julio de 2021, declaró la “nulidad del traslado” efectuados por la demandante, ante COLFONDOS S.A.; en consecuencia, ordenó a dicha A.F.P. COLFONDOS S.A, a trasladar a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones, rendimientos, frutos, intereses; y la administradora COLPENSIONES, quién deberá recibir los aportes de la demandante, y se abstuvo de imponer costas a las partes (Archivo 01 expediente, pág. 421-422).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que la demandante

se encuentra inmerso en la prohibición legal del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, y que no se puede trasladar de régimen cuando le faltare 10 años para cumplir la edad requerida.

Afirmó, que debe tenerse en cuenta la sentencia C-1024 del 2004, busca evitar la descapitalización del sistema de seguridad social, agregó, que, si bien reciben los aportes de la demandante o todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, arguyó, que para COLPENSIONES a futuro no será rentable seguir sosteniendo una prestación de una persona que no ha cotizado en COLPENSIONES.

Agregó, que para la demandante es mas beneficioso pensionarse en COLPENSIONES al tener una mesada pensional muy superior al régimen de ahorro individual, y argumento que no sería justo con las demás personas que están aportando para acceder a una pensión de vejez, ya que con los dineros que se financian la prestación de la demandante es con los dineros que la personas hoy en día están aportando, por lo tanto, estarían yendo en contravía al principio de sostenibilidad financiera.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los

cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 11 de julio de 1961 (Archivo 01 expediente, pág. 22); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 18 de septiembre de 1978 hasta el 30 de septiembre de 1994, 723.00 semanas (Archivo 01 expediente, pág. 312-314,); **iii)** que el 24 de junio de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde 1º de julio de 1994 (Archivo 01 expediente, pág. 49, 268, 269,), y que actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS SA, con un total de 1.996 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa (Archivo 01 expediente, pág. 50-54).

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

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

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

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

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

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de

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

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

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

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

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

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

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

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

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el

demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 24 de junio de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. (f.º 49 y 268), y actualmente se encuentra afiliada a COLFONDOS S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a folios (Archivo 01 expediente, pág. 49, y 268), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio

¹ CSJ STL8125-2020.

de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración,

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado

en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 24 de junio de 1994, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 49, 268, 269), por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 2 de julio de 2021, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., condenó a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotización, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos,

³ CSJ SL1688-2019.

rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JUANITA MARÍA DEL CARMEN ALICIA SOLANO LUQUE** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 005 2020 00276 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 26 de julio de 2021, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Se procede a reconocer personería al abogado JOHN FERNEY PATIÑO HERNÁNDEZ, como apoderado sustituto de

COLPENSIONES, de conformidad con el oficio visible a f.º 12, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declaren probados los hechos de la demanda, y la ineficacia del traslado de régimen pensional del régimen de prima media (R.P.M.) al régimen de ahorro individual con solidaridad (R.A.I.S.). Y que se condene a activarla en el R.P.M., a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los fondos en la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos generados; a Colpensiones a recibirlos; además de lo *ultra y extra petita* que resulte probado en el proceso (archivo 1, págs. 10-11).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 6 de julio de 1965, realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S. entre el 21 de marzo de 1990 y el 1.º julio de 1994 por 197 semanas; posteriormente, se trasladó al fondo de pensiones obligatorias administrado por Porvenir S.A., efectivo desde junio de 1994, a lo cual llevó un proceso de afiliación en el que la A.F.P. habría omitido el cumplimiento de su deber de información. El 24 de septiembre de 2019, adujo, solicitó ineficacia de traslado ante Porvenir S.A., a lo cual esta se negó; y el 19 de octubre a Colpensiones, con igual respuesta (*idem*, págs. 5-9).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 28 de agosto de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y solicitando a las demandadas proyección de la mesada pensional de la demandante en los dos regímenes (*idem*, págs. 81-83).

COLPENSIONES, contestó la demanda el 22 de octubre de 2020, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de Inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P. ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, Responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, Sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, Error de derecho no vicia el consentimiento, Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), Buena fe de Colpensiones, Cobro de lo no debido, Falta de causa para pedir, Presunción de legalidad de los actos jurídicos, Inexistencia del derecho reclamado, Prescripción, y la Innominada o genérica (*idem*, págs. 89-108).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio tras acusar recibo de las diligencias el 1.º de octubre de 2020 (*idem*, págs. 84-85). Y el 22 de junio de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A., por no pronunciarse en el término de traslado de la demanda, y por contestada por Colpensiones, se citó a audiencia (*idem*, págs. 141-142).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de julio de 2021, declaró la nulidad del traslado efectuado por la demandante, y ordenó a Porvenir S.A. trasladar el valor de las cotizaciones junto con rendimientos, frutos e intereses, y a Colpensiones a recibirlas y a actualizar la historia laboral de la demandante. Además, condenó en costas a Porvenir S.A. (*idem*, págs. 200-203).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló solicitando la revocatoria de la nulidad

del traslado de régimen pensional, y la absolución de las demás pretensiones de la demanda, argumentando que no se encontraron vicios del consentimiento en el traslado, y se incurre en la condición de hecho de la prohibición del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003; que la demandante debió haber demostrado los engaños alegados, de acuerdo con su carga de la prueba, la cual no se debería haber invertido por no haber estado próxima a pensionarse en el momento del traslado, ni ser beneficiaria de régimen de transición.

Más bien, adujo, en este caso se habría visto un error de derecho, el cual no puede viciar el consentimiento, y se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, pues se descapitaliza con la decisión de primer grado. También se dejaría en desventaja a quienes actualmente cotizan al R.P.M. (archivo 3, mins 40:40-45:40).

PORVENIR S.A., apeló pidiendo también la revocatoria del fallo respecto de sus condenas, por cuanto la demandante sólo estaría buscando una mejor mesada pensional, a pesar de no mediar nulidad -por no probarse vicio del consentimiento-, lesión al derecho pensional -por no haberse consolidado el derecho durante el tiempo en que estuvo en el R.P.M.-. Esto sería una demanda, así, incapaz de prosperidad, por luchar contra la ley vigente y sus normas, de la cual se ha entendido su exequibilidad. Más bien, la demandante siempre habría estado de acuerdo con las condiciones del R.A.I.S., por lo cual el deber de información se habría visto satisfecho (*idem*, mins. 45:40-51:20).

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL de 13 de may. de 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también a la postura del Honorable Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida; y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de la administradora demandada, incluyendo el análisis de la argumentación de la eventual existencia de vicios del consentimiento.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 6 de julio de 1965 (*idem*, pág. 29); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 21 de marzo de 1990 hasta el 17 de junio de 1991, 57,14 semanas (*idem*, págs. 60-63); **iii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad

desde junio de 1994 (ff.º 19-22), con un total de 1379 semanas cotizadas para el 25 de junio de 2019, según lo informado en la historia laboral que reposa en las páginas 50 a 55 del archivo 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante sufrió traslado efectivo desde junio de 1994, y aparece consolidado el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad en el fondo de pensiones administrado por PORVENIR S.A. Ahora, este formulario, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes

para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

Por su parte, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere-, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, de la garantía de pensión mínima y del seguro previsional, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia CSJ SL1421-2019:

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere-, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, gastos de administración, lo aportado a la garantía de pensión mínima, y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, pues dichos

valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

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

Una deficiencia de este proceso, es que Porvenir S.A. nunca allegó a la documental de este proceso el formulario de afiliación en el cual se hubiera debido certificar el traslado, esta sala encuentra que la veracidad y existencia de la historia laboral que habría sido emitida por Porvenir S.A. nunca fue disputada por las demandadas, ello a pesar de las oportunidades procesales dispuestas, y el hecho de que fue aportada por la demandante como parte de las pruebas de los hechos que alegó. Además, se encuentra que el Registro Único de Afiliados, de acceso público, en efecto aparece la demandante como cotizante a fondo de pensiones administrado por Porvenir S.A.

Finalmente, considerando que el sujeto procesal que tenía la carga de la prueba respecto del formulario, es precisamente quien vendría a sufrir los efectos de las condenas de esta sentencia, entonces esta Sala encuentra también ajustado a derecho el que se confirmen las condenas en su contra, por las cuantías correspondientes a la historia laboral que no ha sido disputada, y de acuerdo con las cotizaciones que la demandante ha realizado con posterioridad al 25 de junio de 2019, fecha de la historia laboral disponible en el expediente, o según las correcciones que deban realizarse en la medida en que persistan conflictos entre cotizante y A.F.P. por los conceptos, cuantías y tiempos señalados en ella; las

³ CSJ SL1688-2019.

cuales, en todo caso, no tienen lugar a ser atendidas en el transcurso del presente proceso.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.; por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes que posea la demandante en su cuenta, junto con las sumas de seguro previsional, lo aportado a la garantía de pensión mínima, y gastos de administración. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta segunda instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 26 de julio de 2021, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones obligatorias o voluntarias, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, lo pagado por concepto de seguro previsional y garantía de pensión mínima, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

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

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLAUDIA JEANNETTE BONILLA ROZO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 008 2019 00429 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 7 de octubre de 2021, por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-**

COLPENSIONES, a la abogada **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a (f.º 194, cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a COLFONDOS S.A.; y consecuentemente, solicitó que se declare que la demandante se encuentra afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, arguyó, que dicha entidad es la que debe reconocer su derecho a la pensión una vez cumpla los requisitos legales (f.º 3).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 23 de agosto de 1964; y el 1.º de octubre de 1982, se vinculó en el extinto I.S.S.; agregó, que entrada en vigencia la denominada COLPENSIONES, quedó incluida automáticamente en el régimen de prima media con prestación definida, administrada por COLPENSIONES.

Afirmó, que el 19 de octubre de 1995, la demandante se trasladó de régimen a COLFONDOS S.A., y se hizo efectiva 1.º de noviembre de 1995, y de ese fondo el asesor que la afilió, le dijo que obtendría una mesada superior a COLPENSIONES, le dijeron que se pensionaría con una edad menor en dicho fondo.

Arguyó, que nunca le contaron las desventajas de trasladarse de régimen, y lo que conllevaría a futuro ese traslado de régimen, por lo tanto, la adujeron en mentiras; agregó, que su mesada pensional en el régimen de ahorro individual administrada por COLFONDOS S.A., le quedaría en \$2.639.851, en comparación si se pensionara en

COLPENSIONES le quedaría en \$4.973.581. Afirmó, que en el año 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada por parte de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., (f.º 5).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmite el admitió el 3 de julio de 2019, y concede el termino para su subsanación, (f.º 127); la demanda se admite el 20 de agosto de 2021 ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 131).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones de mérito, las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica (f.º 138-145)

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y no propuso excepciones. (f.º 160-162).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 165).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 7 octubre de 2021, declaró la “ineficacia del traslado”, de la demandante realizada el 19 octubre de 1995, ante COLFONDOS S.A., condenó a COLFONDOS S.A., trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen, junto con los rendimientos que se hubieran causado que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; así mismo, condenó a COLPENSIONES aceptar

todos los valores que devuelva COLFONDOS S.A., que reposan en la cuenta individual del demandante, y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.º 168).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que en el momento de trasladó de régimen pensional, solo existía la obligación de la suscripción del formulario de la afiliación, y que no existía ninguna obligación adicional, por lo tanto, agregó que COLFONDOS si le brindó una asesoría a la demandante, y que además de ello argumento que la demandante se trasladó hace más de 20 años, y afirmó, que presentaron un testigo que dio cuenta que si existió una asesoría por parte del asesor de COLFONDOS.

Arguyó, la parte accionada que se puede concluir que efectivamente si existió una asesoría por parte de COLFONDOS, por lo tanto, si estaría acreditando el deber de información con la exigencia de la época, como era la suscripción del formulario, por ultimo agregó, que con base en los testimonios y pruebas allegadas se estaría demostrando que en el traslado de régimen que realizó la demandante es eficaz, y tiene plenos efectos legales.

V.ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 23 de agosto de 1964 (f.º 3); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de octubre de 1982 hasta el 31 de octubre de 1995, 225.43 semanas (f.º 36 y 48 cd pag. 1); **iii)** que el 19 de octubre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de noviembre de 1995 (f.º 48, 49, 72, 93), y que actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A., con un total de 1.234 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (f.º 77, 81-86) y la certificación de (f.º 72, 93)

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al

respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 19 de octubre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. (f.º 49), y actualmente se encuentra afiliada a COLFONDOS S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a folios 48, 49), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración,

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada OLD MUTUAL S.A., devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado

en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 19 de octubre de 1995, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 48 y 49., por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ Y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 7 de octubre de 2021, por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como frutos e intereses, y gastos de

³ CSJ SL1688-2019.

administración y sumas adicionales si las hubiere y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual, acorde con lo considerado.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARTHA CECILIA LLANO ORTIZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 015 2019 00643 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **ALIDA DEL PILAR MATEUS**

CIFUENTES, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 353 reverso (cuaderno del tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad o ineficacia del traslado efectuado a COLFONDOS S.A. el 31 de julio de 1995, así como los traslados horizontales realizados a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. el 27 de mayo de 1996 y el 15 de diciembre de 2006, respectivamente, esto debido a que no le fue proporcionada una información completa y comprensible acerca del traslado de régimen pensional, pues omitió información sobre los riesgos y desventajas que suponía dicho traslado de régimen.

De la misma manera, solicitó que se declarara que las A.F.P. mencionadas incumplieron con su deber de información; como consecuencia de esto, pidió que se condenara a PROTECCIÓN S.A. al traspaso de los aportes realizados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y que se condenara a esta última a aceptar dichos aportes y a registrar a la demandante como afiliada sin solución de continuidad (f.º 52).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 16 de mayo de 1966, y estuvo afiliada al extinto I.S.S. hasta el 31 de julio de 1995, fecha en la que se trasladó de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., para luego realizar traslados a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., A.F.P. a la que se encuentra afiliada en la actualidad.

Manifestó, que las A.F.P. mencionadas no cumplieron con su deber de información, toda vez que no le brindaron una asesoría completa, clara, veraz, transparente y oportuna respecto de las

diferencias entre los regímenes pensionales, las prestaciones económicas, los beneficios, los riesgos, las desventajas y desventajas de cada uno de ellos, así como tampoco informaron acerca de cuál de los dos regímenes era más beneficioso para la demandada, ni le informaron acerca de cuánto capital debía acumular para adquirir el derecho a pensión, ni le informaron cómo serían distribuidos sus aportes o como sería calculado el monto de su pensión de vejez y, en general, incumplieron con su deber de información (f.º 53 y 54)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 7 de julio de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 61 y 62).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones las de Prescripción y Caducidad, Cobro de lo no debido y Buena fe. (f.º 71).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, en su defensa propuso como excepciones las de Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, Buena fe, Prescripción y Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones (f.º 91 y 92).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, en su defensa propuso como excepciones las de Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación y Compensación (f.º 210 y 211).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Inexistencia de la obligación, Falta de legitimación en la causa por pasiva, Buena fe, Ausencia de vicios del consentimiento, Validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,

Ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., Prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado y Compensación y pago.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 303 y 304).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 19 de agosto de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 31 de julio de 1995, ante COLFONDOS S.A.; en consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN S.A., A.F.P a la que la demandante se encuentra afiliada actualmente, trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S., absolvió a PORVENIR S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.º 343 y 344).

IV. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

V. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 16 de mayo de 1966 (f.º 47); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 06 de febrero de 1990, con un total 219.43 semanas (f.º 72 Archivo Reporte de semanas cotizadas en pensión); **iii)** que el 31 de julio de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de agosto de 1995 (f.º 110 y 158), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1006.85 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 111 a 116 y 159 a 167.

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al

respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información

corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 31 de julio de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. (f.º 110 y 158), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a PROTECCIÓN S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a folios 100, 148 y 229 los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y los fondos de pensiones, es menester precisar que:

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

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe anotarse, frente a la devolución de todos los

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada Protección S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 31 de julio de 1995, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A, así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

³ CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 19 de agosto de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GLORIA STERLING LEÓN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.**

EXP. 11001 31 05 019 2019 00693 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y la demandante, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021, por el Juzgado 19.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Se procede a reconocer personería al abogado HENRY DARÍO MACHADO GUALDRÓN, como apoderado sustituto de la parte

COLPENSIONES, de conformidad con el oficio visible a f.º 257, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare que existió vicio en el consentimiento por falta de información en el traslado de régimen pensional; la nulidad del acto de vinculación a la A.F.P. Porvenir S.A., mediante el cual se dio traslado de régimen pensional; que nunca dejó de estar afiliada al Régimen de Prima Media (R.P.M.); y que desde el 3 de octubre de 2019, la demandante cumplió con los requisitos para obtener el derecho a pensión en este régimen. Pidió, asimismo, que se condene a la A.F.P. Old Mutual a trasladar los aportes en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones; a Colpensiones a recibirlos, y a pagar la pensión de vejez desde el día solicitado de reconocimiento; además de lo *ultra y extra petita* que se pruebe en el proceso, y a las costas a cargo de ambas demandadas (f.º 7).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 3 de octubre de 1962, y realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S., hoy Colpensiones, desde el 25 de marzo de 1981 hasta el 16 de agosto de 1998, cotizando 858 semanas en el R.P.M. Manifestó que, en junio de 1999, se trasladó a la A.F.P. Colmena S.A., hoy Protección S.A., trasladándose al régimen de ahorro individual con solidaridad (R.A.I.S.), tras incumplimiento de la compañía al deber de información que, tras proyección pensional por la A.F.P., habría determinado que, en el R.A.I.S.

Adujo, que según historia laboral emitida por Skandia S.A., para 23 de septiembre de 2019, contaba con 1834 semanas cotizadas, y \$342.765.657 de ahorro en su cuenta individual, y que ello permitiría una mesada pensional de \$1.614.129, en vez \$7.500.840 en el

R.P.M.; y que el 9 de agosto del mismo año, realizó solicitud de traslado de régimen a Colpensiones, la cual lo negó el 12 del ese mes por incurrir en la prohibición legal de traslado por contar con menos de 10 años para la edad mínima de pensión en R.P.M. (ff.º 5-6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 10 de octubre de 2019, ordenando la notificación y traslado a las demandadas, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.º 84).

COLPENSIONES, contestó la demanda el 7 de febrero de 2020, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. En su defensa invocó las excepciones de mérito de Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, Prescripción, Caducidad, Inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada, No procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la Innominada o genérica (ff.º 94-112).

SKANDIA S.A. contestó la demanda el 5 de marzo del mismo año, con oposición a las pretensiones en su contra, y en su defensa propuso como excepciones las de Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, La demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, Ausencia de configuración de causales de nulidad, Inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al R.A.I.S., Ausencia de falta al deber de asesoría e información, Los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, Prescripción, Buena fe, y la Genérica (ff.º 121-129).

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda el siguiente 16 de diciembre, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y manifestando como excepciones de mérito 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, y la Innominada o genérica, Inexistencia de la obligación y/o ineficacia de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P.: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación por falta de causa, y Traslado de la totalidad de los aportes a Old Mutual (ff. 155-175).

Se consideró superado el requisito del artículo 612 del Código General del Proceso, en el auto de calificación de las contestaciones de Colpensiones y Skandia S.A., fechado 3 de marzo de 2021 (f.º 153).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado el 5 de mayo de 1999, y posteriormente a fondo hoy administrado por Skandia S.A., y, en consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, a entender vigente desde el 25 de marzo de 1981. Condenó a Skandia S.A. a trasladar todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, y sin descontar gastos de administración, a Colpensiones. Y absolvió de las demás pretensiones a las demandadas, sin condenar en costas (f.º 239).

La demandante, apeló respecto de la negativa al reconocimiento de la pensión de vejez, por cuanto sí se habría visto causada, ya que no habría desafiliación al sistema, y el derecho se causó el 3 de octubre de 2019. Ahora, afirmó, no pudo haber solicitado la pensión porque se encontraba en curso el proceso, y esto le imposibilitaba solicitar la pensión al fondo, ni dejar de trabajar para obtener sus recursos de subsistencia. Además, adujo para la época de causación la demandante contaba con más de 1800 semanas, lo cual hacía inocuo el tiempo cotizado adicional, y haber resultado pensionada habría llevado a la desestimación de sus pretensiones en este proceso. Así, se evidenciaría que la desafiliación y acceso a pensión no fue una decisión libre y voluntaria, sino forzada por situaciones condicionadas por este traslado declarado ineficaz (audiencia de 28 de septiembre, mins. 57:40-1:01:50)

SKANDIA S.A., apeló en lo referente al traslado de las comisiones de administración, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia al respecto. Para sustentarlo, argumentó que las deducciones correspondientes a ese concepto se hicieron conforme con la legislación, y que la rama jurisdiccional debe tomar sus decisiones bajo el imperio de la ley, por lo cual debe respetarse la voluntad de esta. También, señaló que de declararse ineficaz la afiliación, y afectar esto a las cuotas de administración, también deben retrotraerse los rendimientos. Más aún, adicionó, el artículo 7.° del Decreto 3995 de 2008, ordena que los traslados de régimen pensional sólo incluyan lo contenido en la cuenta de ahorro individual del afiliado, en lo cual concuerdan conceptos de la Superintendencia Financiera.

Esta condena sancionatoria, solo podría valerse sobre el supuesto de que Skandia S.A. hubiera sido quien hizo un traslado sin información, más lo hizo Colmena, y en ningún momento fue

condenada Protección; e igual habría sido inicua, pues estos dineros fueron invertidos en el cubrimiento real de riesgos legalmente ordenado, e igual hubieran debido deducirse en el R.P.M., y su devolución solo podría ser ordenada si esta demandada hubiera sido poseedora de mala fe, la cual, así, se ve presunta sin ser demostrada.

A su vez, finalizó, estos créditos no son imprescriptibles e irrenunciables, porque no harían parte del derecho pensional del demandante (*ídem*, mins. 1:03:00-1:12:00).

COLPENSIONES, por su parte, apeló respecto de la ineficacia de traslado y sus condenas consecuentes, argumentando que el deber de información sí fue satisfecho, para lo cual se ofreció al acervo probatorio la prueba conducente existente para la época del acto jurídico cuya ineficacia fue solicitada. Sostuvo que en ese momento no existía aún el deber de doble asesoría, y los actos de aquella época deberían ser juzgados según la ley entonces vigente, por lo cual no corresponde que la carga de la prueba recaiga exclusivamente en la A.F.P., exigiendo una carga imposible y generando una responsabilidad objetiva. De no hacerse así, se vulnera la confianza legítima, la legalidad y el debido proceso, además del principio del derecho de la relatividad de los contratos, por cuanto la ineficacia del acto jurídico de traslado excedería los efectos *inter partes* a esperar de él.

Por otra parte, argumentó esta demandada, la accionante habría ratificado su traslado al permanecer en el R.A.I.S. por más de 20 años, y se esperaba su reconocimiento de las condiciones normativas, por ser la Ley 100 de 1993, de conocimiento público, y no poder alegar ignorancia para negar sus efectos. A su vez, se generaría una afectación de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones a la que conduciría la sentencia de primera instancia al imponer una carga prestacional alta, sin los beneficios de la afiliación de al menos 10 años que le correspondería haber realizado de acuerdo

con el Acto legislativo 01 de 2005 y la Ley 797 de 2003, para el efecto de obtener el derecho a pensión, además del cumplimiento del requisito de tiempo de cotización (*ídem*, mins. 1:12:10 y ss).

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela CSJ STL de 13 de may. de 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también a la postura del Honorable Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problemas jurídicos el verificar la procedencia o no del reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante; y de la declaración la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas, así como también si hay lugar o no a

la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Respecto de la pertinencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional, se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 3 de octubre de 1962 (f.º 37); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 25 de marzo de 1981 y el 23 de septiembre de 1998, 872,71 semanas (f.º 120), **iii)** que el 5 de mayo 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.º de junio de 1999 (ff.º 38, 137); luego de lo cual se trasladó a fondo administrado por la A.F.P. Old Mutual el 30 de septiembre de 2002 (f.º 136), con efectividad desde 1.º de noviembre de 2002, en la cual se encuentra actualmente afiliada, y que cuenta con un total de 1936,86 semanas cotizadas para el 24 de septiembre de 2021, según lo informado por esta última A.F.P. en la historia laboral que reposa de ff.º 231 a 236.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación

respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que

emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019 la mentada Corporación expuso:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió

para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 5 de mayo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colmena S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso; el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia CSJ SL1421-2019:

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

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

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

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

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de 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”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 5 de mayo de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colmena S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso; y al fondo hoy administrado por Skandia S.A., al cual se encuentra actualmente afiliada; y este último fondo deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes que posea la demandante en su cuenta, junto con los rendimientos financieros,

³ CSJ SL1688-2019.

gastos en seguro y de la garantía de pensión mínima, y gastos de administración.

En lo tocante al reconocimiento de pensiones de vejez en situaciones como las propuestas por este proceso, y en otros casos de ineficacias de traslado, vale precisar que, si bien la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por SKANDIA S.A., y, como consecuencia del presente proceso, se viene ordenando el traslado del R.A.I.S. al R.P.M., y que se declare que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES; y esta entidad deberá asumir el pago de la pensión que eventualmente le corresponda, lo correspondiente es que, solo cuando COLPENSIONES haya recibido la totalidad del dinero proveniente del régimen de ahorro individual, y se vean reflejados los valores en la historia laboral, podrá la demandante solicitar ante dicha entidad la corrección de la misma, si a bien lo tiene, o solicitar el eventual reconocimiento y pago de la pensión de vejez que aquí pretende.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia en su totalidad, en los entendidos mencionados.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado 19.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ALBA NOHEMÍ TÉLLEZ ALFONSO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 019 2020 00012 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y la demandante, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado 19.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Se procede a reconocer personería al abogado ELKIN FABIÁN CASTILLO CRUZ, como apoderado sustituto de la parte

COLPENSIONES, de conformidad con el oficio visible a f.º 255, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad; que siempre ha permanecido en el régimen de prima media; que se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes y bonos pensionales recibidos por concepto de aportes obligatorios, y sus rendimientos; a COLPENSIONES a recibirlos, y a activarlo y afiliarlo en el régimen de prima media con prestación definida (R.P.M.) como si nunca se hubiere trasladado, corrigiendo la historia laboral de la demandante; que se condene a PROTECCIÓN S.A. al pago de perjuicios morales causados, estimados en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes; y a ambas demandadas al pago de costas del proceso (f.º 3). Subsidiariamente, pidió declarar inexistente el acto de traslado, con las mismas otras pretensiones antedichas (ff.º 3-4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de junio de 1964 y trabajó en la Pontificia Universidad Javeriana toda su vida laboral; realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S., hoy Colpensiones, desde 1991 hasta el 19 de mayo de 1997, cuando se afilió a la A.F.P. Protección S.A., trasladándose al régimen de ahorro individual con solidaridad (R.A.I.S.), por no recibir información técnica y adecuada, omitiendo su deber de información; que, tras proyección pensional por la A.F.P., habría determinado que, en el R.A.I.S., la demandante recibiría una mesada de \$1.448.378 al cumplir 56 años, y, en el R.P.M., recibiría una de \$5.452.848 al cumplir 57 años.

Finalmente, afirmó que, el 3 de octubre de 2019, intentó trasladarse de régimen, mas no ha habido respuesta por las entidades demandadas (ff.º 4-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Tras ser repartida al Juzgado 19.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 18 de diciembre de 2019 (f.º 1), la demanda fue admitida el 13 de febrero de 2020, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.º 55).

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, Buena fe, Prescripción, Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P., 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, Falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, y la Innominada o genérica (ff.º 57-90).

COLPENSIONES, contestó la demanda el 19 de octubre de 2020, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. En su defensa invocó las excepciones de mérito de Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, Prescripción de la acción laboral, Caducidad, Inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada, No procedencia al pago en costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público, y la Innominada o genérica (ff.º 176-215).

A pesar de no haber en el expediente reporte de notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se consideró superado el requisito del artículo 612 del Código General del Proceso en el auto de calificación de las contestaciones y fijación de audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, fechado 30 de junio de 2021 (ff.º 228-229).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado el 19 de mayo de 1997, en consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, a entender vigente desde el 16 de enero de 1991. Condenó a Protección S.A., a trasladar todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, y sin descontar gastos de administración, a Colpensiones. Y absolvió de las demás pretensiones a las demandadas, sin condenar en costas (f.º 243).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandante, apeló respecto de la absolución de la condena en costas a las demandadas, por cuanto ambas partes fueron vencidas en juicio tras oponerse activamente a la demanda, situación de hecho en la cual el artículo 365 del Código General del Proceso ordena la condena en costas, lo cual ha reconocido la jurisprudencia (audiencia de 15 de septiembre, mins. 28:20-30:25)

PROTECCIÓN S.A., apeló en lo referente al traslado de las comisiones de administración y el seguro previsional, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia en cuanto a estos puntos. Para sustentarlo, argumentó que las deducciones correspondientes a esos conceptos se hicieron conforme con la legislación válida, exigible, aplicable y vigente; y que, si se aplicara una ineficacia de la gestión de administración de esta demandada en sentido pleno, entonces no debería condenarse al traslado de los rendimientos financieros. En lo concerniente al seguro previsional, es un hecho que fue pagado a aseguradoras que efectivamente cubrieron los riesgos de invalidez y supervivencia, por lo cual no es viable realizar un recobro de esos fondos y su traslado a Colpensiones (*ídem*, mins. 30:30-32:35).

COLPENSIONES, por su parte, apeló respecto de la ineficacia de traslado y sus condenas consecuentes, argumentando que el deber de información sí fue satisfecho, para lo cual se ofreció al acervo probatorio la prueba conducente existente para la época del acto jurídico cuya ineficacia fue solicitada. Que en ese momento, no existía aún el deber de doble asesoría, y los actos de aquella época deben ser juzgados según la ley entonces vigente, por lo cual no corresponde que la carga de la prueba recaiga exclusivamente en la A.F.P., exigiendo una carga imposible. De no hacerse así, se vulnera la confianza legítima, la legalidad y el debido proceso, además del principio del derecho de la relatividad de los contratos, por cuanto la ineficacia del acto jurídico de traslado excedería los efectos interpartes a esperar de él.

Por otra parte, argumentó esta demandada, la accionante habría ratificado su traslado al permanecer en el R.A.I.S. por más de 24 años, y la afectación de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones a la que conduciría la sentencia de primera instancia al imponer una carga prestacional alta, sin los beneficios

de la afiliación de al menos 10 años que le correspondería haber realizado de acuerdo con el Acto legislativo 01 de 2005 y la Ley 797 de 2003, para el efecto de obtener el derecho a pensión, además del cumplimiento del requisito de tiempo de cotización.

Subsidiariamente, solicitó que fuera mantenida la condena a la A.F.P., considerando incluido el traslado de los montos aportados destinados al seguro previsional; y que se condicionara el cumplimiento de la sentencia por Colpensiones a que la A.F.P. hubiera realizado el traslado de la totalidad de los recursos involucrados (*idem*, mins. 32:35-39:00).

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela CSJ STL de 13 de may. de 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también a la postura del Honorable Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problemas jurídicos el verificar la procedencia de la condena en costas en este proceso; de la declaración la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas; así como también si hay lugar o no a la devolución de los rendimientos, gastos de administración y montos pagados por concepto del seguro previsional, a Colpensiones.

Para resolver el punto de apelación propuesto por el apoderado de la parte demandante, en lo concerniente a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el numeral 4.º del artículo 366 *ídem*, dispone que:

«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.º 10554 de 2016, en el que se fijan los parámetros para la determinación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Descendiendo al caso que nos ocupa, encuentra la Sala, que si bien las costas en primera instancia no se impusieron, razón por la cual habría lugar a imponer la suma de \$400.000.00, en contra de la demandada PROTECCIÓN S.A., atendiendo el marco normativo citado, y en consideración a que en este proceso la parte demandada fue vencida en juicio, por lo cual las costas correrán a cargo de este extremo procesal.

Además, acorde con lo indicado, es claro que hay lugar a adicionar la providencia recurrida, y, por lo tanto, las costas en esta instancia serán liquidadas en cuantía de \$800.000°, en virtud de lo anteriormente expuesto.

Ahora, procede esta Sala de decisión a estudiar lo concerniente a los demás puntos de apelación, y al grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de la siguiente manera:

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 27 de junio de 1964 (f.º 10); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el enero de 1991 y el 31 de mayo de 1997, 333,57 semanas (ff.º 151-165); **iii)** que el 19 de mayo de 1997, 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.º de junio de 1997 (ff.º 11-21, 127), y que cuenta con un total de 1528,28 semanas cotizadas para 26 de septiembre de 2020, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de ff.º 151 a 165.

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que las Administradoras de fondos de

pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, la sentencia CSJ SL de 9 sep. 2008 rad. 31989, reiterada en la CSJ SL de 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

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

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión

a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019 la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de

la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 19 de mayo de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colmena S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible a folio 11; el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración,

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia CSJ SL1421-2019:

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PROTECCIÓN S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, y los montos destinados al pago del seguro previsional y la garantía de pensión mínima, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social Integral.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de 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”³, por lo que resulta acertada la decisión de la juzgadora de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 19 de mayo de 1997, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colmena S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, al cual se encuentra actualmente afiliada; y este fondo deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes que posea la demandante en su cuenta, junto con los rendimientos financieros, gastos en seguro y de la garantía de pensión mínima, y gastos de administración. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia en el entendido mencionado.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

³ CSJ SL1688-2019.

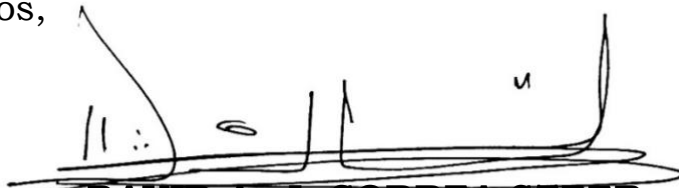
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado 19.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS. Costas en ambas instancias, en favor de la parte demandante, y en contra de PROTECCIÓN S.A., de la siguiente manera: en primera instancia, la suma de \$400.000.00; y en segunda instancia, la suma de \$800.000.00. Líquidense de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NOHORALBA CASTRO SILVA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 020 2020 00227 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor suyo, respecto de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2021, por el Juzgado 20.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por lo cual se procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y del traslado de régimen pensional del régimen de prima media (R.P.M.) al régimen de ahorro individual con solidaridad (R.A.I.S.) administrado por Protección S.A., por falta al deber de información. Pidió, además, que se ordene su traslado y afiliación al R.P.M. administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado de régimen, y a Protección S.A. a entregar a Colpensiones todos los dineros recibidos con motivo de su afiliación; que se condene a Protección S.A. a seguir pagando la pensión que eventualmente resultare reconocida en favor suyo hasta que los dineros sean trasladados por la A.F.P., y Colpensiones la incluya en la nómina de pensionados; y también al pago de costas del proceso, y lo *ultra y extra petita* que resulte probado en él (expediente digitalizado, f. 5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 6 de julio de 1965, realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S. entre el 6 de junio de 1991 y el 22 de diciembre de 1998; y que en esta última fecha se trasladó al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colmena AIG S.A., absorbida por Protección S.A., efectivo desde junio de 1994, a lo cual la llevó un proceso de afiliación en el que la A.F.P. habría omitido el cumplimiento de su deber de información.

También, afirmó haber realizado solicitud de traslado de régimen a Colpensiones y a Protección S.A., a lo cual ambas entidades se negaron, a pesar de que el monto de la mesada pensional de la demandante sería \$3.223.859 en R.P.M, en vez de \$949.474 en R.A.I.S. (*idem*, ff. 1-4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue inadmitida el 20 de octubre de 2020, por falta de acreditación del envío por medio electrónico de copia de la demanda y sus anexos (*idem*, ff. 280-281), tras lo cual fueron subsanados los vicios señalados (*idem*, ff. 282-318), y fue admitida el 15 de marzo de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas para obtener su contestación, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (*idem*, ff. 319-320).

COLPENSIONES, contestó la demanda el 6 de julio de 2021, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, Prescripción de la acción laboral, Caducidad, Inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la Innominada o genérica (*idem*, ff. 324-364).

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda el día siguiente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, Buena fe, Prescripción, Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la

nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la Innominada o genérica (*idem*, ff. 395-417).

El 6 de agosto de 2021, se tuvo por contestada la demanda por ambas demandadas, y se citó a audiencia (*idem*, ff. 495-496); y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio tras su acuse de recibo de fecha 26 de agosto (*idem*, ff. 497-498).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de agosto de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por la demandante el 22 de diciembre de 1998 al fondo administrado por Protección S.A., declaró afiliada a la demandante al R.P.M. administrado por Colpensiones, y ordenó a Porvenir S.A. devolver la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados, a Colpensiones. Además, condenó en costas a las demandadas (*idem*, págs. 516-521).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló solicitando la revocatoria de la sentencia, y su absolución, argumentando que no se encontraron vicios del consentimiento en el traslado, sino un error de derecho que no lo vicia; que la carga de la prueba en realidad correspondía a quien alegaba el vicio del consentimiento; y que la sentencia estaría generando descapitalización del Sistema General de Pensiones (audiencia, mins 1:05:10 y ss.).

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL de 13 de may. de 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también a la postura del Honorable Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida; y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de la administradora demandada, incluyendo el análisis de la argumentación de la eventual existencia de vicios del consentimiento y de la objeción de descapitalización del Sistema General de Pensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 26 de mayo de 1964 (*idem*, f. 52); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 6 de junio de 1991 hasta el 31 de enero de 1999, 391,71 semanas (*idem*, ff. 387-392); **iii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección S.A. el 22 de diciembre de 1998, con fecha de efectividad de 1.º de febrero de 1999 (*idem*, f.º 419), con un total de 1448,57 semanas cotizadas para el 30 de octubre de 2019, según lo informado en la historia laboral que reposa en los folios 457 a 470.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía

sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante sufrió traslado efectivo desde febrero de 1999, y aparece consolidado el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad en el fondo de pensiones administrado por PROTECCIÓN S.A. Ahora, este formulario, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

Por su parte, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

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

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere–, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, de la garantía de pensión mínima y del seguro previsional, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia CSJ SL1421-2019:

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PROTECCIÓN S.A. devolver todos los valores que hubiere

recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere-, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, gastos de administración, lo aportado a la garantía de pensión mínima, y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.; por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes que posea la demandante en su cuenta, junto con las sumas de seguro previsional, lo aportado a la garantía de pensión mínima, y gastos de administración. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta segunda instancia.

³ CSJ SL1688-2019.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 26 de agosto de 2021, por el Juzgado 20.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones obligatorias o voluntarias, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, lo pagado por concepto de seguro previsional y garantía de pensión mínima, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

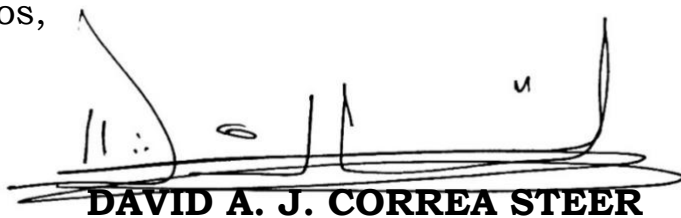
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUIS ALBERTO CONSUEGRA ORTEGA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 039 2019 00849 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021, por el Juzgado 39.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Se procede a reconocer personería a la abogada LILIAN PATRICIA GARCÍA GONZÁLEZ, como apoderada sustituta de

COLPENSIONES, de conformidad con el oficio visible a f.º 7, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional del régimen de prima media (R.P.M.) al régimen de ahorro individual con solidaridad (R.A.I.S.) por reticencia y omisión de información, que nunca estuvo afiliado al R.A.I.S. para todos los efectos legales, y que se halla afiliado al R.P.M. Y que se condene a Colpensiones a aceptar el traslado solicitado el 13 de noviembre de 2019, a Colfondos S.A. a trasladarlos valores recibidos en la cuenta de ahorro individual, a Colpensiones a reconocer y pagar pensión de vejez de régimen de transición desde el 1.º de septiembre de 2017, con sus intereses moratorios a cargo de ambas demandadas, al pago de costas y agencias en derecho, y de lo *ultra y extra petita* que resulte probado en el proceso (archivo 2, págs. 5-6).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 3 de mayo de 1951, siendo beneficiario de régimen de transición por edad, que laboró en diversas empresas por más de 750 semanas, a pesar de lo cual, Colpensiones no reconoce sus cotizaciones correspondientes; que a 25 de julio de 2005, contaba con 889 semanas cotizadas, a 3 de mayo de 2011 con 1186, y con 1514,71 al momento de la presentación de la demanda.

Adicionó, que realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S. hasta mayo de 2000, cuando se trasladó al fondo del R.A.I.S. administrado por Colfondos S.A., para lo cual no contó con información suficiente, objetiva y clara sobre las características de los regímenes pensionales. Narró, que el 6 de noviembre de 2019, se le ofreció simulación pensional que, en R.A.I.S., era por \$1.791.062, y en R.P.M., por \$3.500.949, y que en noviembre de esa anualidad

solicitó a Colpensiones y a Colfondos S.A. la ineficacia del traslado; a lo cual ambas entidades se negaron (*idem*, págs. 6-10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 1.º de julio de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y solicitando a las demandadas el expediente administrativo y reporte de Asofondos-SIAFP del demandante (archivo 3).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda el 23 de noviembre de ese año, oponiéndose a todas las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de Inexistencia de la obligación, Falta de legitimación en la causa por pasiva, Buena fe, la Innominada o genérica, Ausencia de vicios del consentimiento, Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, Ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, Compensación y pago, Inexistencia de intereses moratorios, e Inexistencia de perjuicios (archivo 6.2).

El Juzgado solicitó subsanación de la contestación a Colfondos el 10 de junio de 2021 (archivo 14), mas no amplió sus medios exceptivos, o su posición respecto de las pretensiones (archivo 15).

COLPENSIONES, contestó la demanda el día siguiente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, Prescripción de la acción laboral, Caducidad, Inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de

seguridad social del orden público, y la Innominada o genérica (archivo 7.4).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio tras acusar recibo de las diligencias el 3 de marzo de 2021 (archivo 9). Y el 22 de junio de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A., por no pronunciarse en el término de traslado de la demanda, y por contestada por Colpensiones, se citó a audiencia (*idem*, págs. 141-142).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 16 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante el 1.º de mayo de 2000 a fondo administrado por Colfondos S.A., y ordenó a Porvenir S.A. trasladar el valor de las sumas en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración –estas debidamente indexadas– sin que le sea dable descontar seguros de invalidez o supervivencia, o garantía de pensión mínima, a Colpensiones; y a esta a recibirlas y a reactivar la afiliación del demandante, sin solución de continuidad. Además, declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a Colfondos S.A. (archivo 24.2).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., apeló solicitando la revocatoria parcial de la sentencia de primer grado, respecto de la devolución de las cuotas de administración, las cuales son de orden legal, y han sido exitosamente destinadas a la buena administración de los fondos dados en guarda para pensión, por lo cual se generaron. También, exigir su devolución supone una lesión al patrimonio de Colfondos S.A, lo cual solo habría podido ser ordenado si se hubiera demostrado

un perjuicio a Colpensiones, lo cual nunca fue probado. A su vez, son terceros de buena fe las aseguradoras, que cubrieron contingencias, por lo cual se les pagó en consecuencia (archivo 24.1, mins. 1:01:30-1:05:35).

COLPENSIONES, igualmente presentó recurso de apelación, pidiendo la revocatoria de la sentencia, por cuanto el demandante habría hecho correcto uso de su facultad de traslado de régimen pensional, ratificó su decisión al no trasladarse a lo largo de los años ni buscar información adicional. También adujo que habría sido someterle a engaño hacer una simulación de mesada, puesto que su derecho a pensión en la época de traslado era una mera expectativa. Más bien, sería claro el conocimiento del régimen por el demandante, ya que debe ser supuesto en virtud de su deber de informarse debidamente en su consumo financiero (*idem*, mins. 1:05:37-1:10:00).

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL de 13 de may. de 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también a la postura del Honorable Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida; y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de la administradora demandada, incluyendo el análisis correspondiente a si deben trasladarse también las cuotas de administración.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 3 de mayo de 1951 (archivo 1, pág. 48); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre enero de 1986 hasta abril de 2000, 619,29 semanas (archivo 16.1.HL2020); **iii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A. el 23 de marzo de 2000, con fecha de efectividad desde el 1.º de mayo de 2000 (archivo 6.2, págs. 27-28), con un total de 1514,71 semanas cotizadas para noviembre de 2019, según lo informado en la historia laboral que reposa en las páginas 1 a 6 del archivo 2.4.

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

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado,

quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante sufrió traslado efectivo desde mayo de 2000, y aparece consolidado el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad en el fondo de pensiones administrado por COLFONDOS

S.A. Ahora, este formulario, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

Por su parte, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al

¹ CSJ STL8125-2020.

afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere–, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, de la garantía de pensión mínima y del seguro previsional, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia CSJ SL1421-2019:

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

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

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere-, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, gastos de administración, lo aportado a la garantía de pensión mínima, y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia, puesto que solo reconocía el traslado de las sumas dentro de la cuenta de ahorro individual, y le corresponde a COLFONDOS S.A. realizar la entrega de todos los dineros pertenecientes al sistema de seguridad social resultado de la afiliación del demandante.

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

³ CSJ SL1688-2019.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A.; por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes que posea el demandante en su cuenta, junto con las sumas de seguro previsional, lo aportado a la garantía de pensión mínima, y gastos de administración. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta segunda instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 16 de septiembre de 2021, por el Juzgado 39.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones obligatorias o voluntarias, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, lo pagado por concepto de seguro previsional y garantía de pensión mínima, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

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

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ADRIANA MARÍA BUSTAMANTE GÓNGORA** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 041 (034 2019 00663) 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2021, por el Juzgado 41.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Se procede a reconocer personería la abogada NORTHEY ALEJANDRA HUÉRFANO HUÉRFANO, como apoderada sustituta de la parte COLPENSIONES, de conformidad con el oficio visible a f.º 91, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado efectuado a Porvenir S.A. el 23 de julio de 1996, y que, para todos los efectos, ella nunca se trasladó del régimen de prima media (R.P.M.) al régimen de ahorro individual con solidaridad (R.A.I.S.). En consecuencia, que se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los fondos en la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora y demás valores causados con motivo de la afiliación, sin descuento de eventuales mesadas pensionales que se llegaren a haberse efectuado; a Colpensiones a recibirla en el régimen de prima media y actualizar su historia laboral; además de costas y agencias en derecho a cargo de las demandadas y lo *ultra y extra petita* que resulte probado en el proceso (ff.º 27-28).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que realizó aportes en el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S. entre el 1.º de diciembre de 1986 y julio de 1996; posteriormente, se trasladó al fondo de pensiones obligatorias administrado por Porvenir S.A., efectivo desde agosto de 1996, a lo cual llevó un proceso de afiliación en el que la A.F.P. habría omitido el cumplimiento de su deber de información. El 27 de agosto de 2018, el demandante envió reclamación administrativa a Colpensiones, y dijo que a esto no ha obtenido respuesta (ff.º 28-31).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 20 de febrero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.º 42).

COLPENSIONES, contestó la demanda el 4 de septiembre de 2020, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó

en su defensa las excepciones de Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, Prescripción de la acción laboral, Caducidad, Inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la Innominada o genérica (CD f.º 43).

El 8 de abril de 2021, las partes fueron notificadas del traslado de despacho del presente proceso, del Juzgado 34.º al 41.º, realizado en virtud del Acuerdo CSJBTA20-109 de 31 de diciembre de 2020 (f.º 45).

PORVENIR S.A., contestó la demanda el 22 de abril de 2021 con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones las de Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación, y la Genérica (f. 67, CD f.º 68).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio tras acusar recibo de las diligencias el 25 de enero de 2021 (f.º 44).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 4 de octubre de 2021, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante, y ordenó a Porvenir S.A. trasladar “los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia”, y a Colpensiones a recibir los fondos y actualizar la historia laboral de la demandante. Además, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a las demandadas (f.º 81, CD f.º 80).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., apeló y solicitó la revocatoria total de la sentencia de primer grado, argumentando que el fallador habría declarado una ineficacia según el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubieran probado los supuestos de hecho de su aplicación, y despreciando el valor probatorio del formulario de afiliación, el cual nace de la ley. De igual manera, manifestó, la demandante habría ratificado su traslado al permanecer en el régimen por más de 20 años.

Por otra parte, no es sensato devolver los gastos de administración, por cuanto ellos habrían egresado en el R.P.M., en virtud del inciso 2.º del artículo 20 de la referida ley. Y, también, contra estos gastos sí procede la excepción de prescripción, a pesar de haber sido denegada. Más aún, según la Superintendencia Financiera, que vigila y regula los aspectos financieros del Sistema General de Pensiones, no corresponde la entrega de estos fondos, sino solo los de la cuenta de ahorro individual. Y si hubieran de ser devueltos los gastos de administración, también deberían retrotraerse los efectos de la buena administración de esta demandada, negando el traslado de los rendimientos financieros (*idem*, mins. 1:01:30-1:06:30).

COLPENSIONES, apeló pidiendo también la revocatoria total del fallo, por cuanto la demandante tuvo oportunidad de haber vuelto al R.P.M., mas no lo hizo, manifestando su voluntad de permanecer en el R.A:I.S., y sometiéndose voluntariamente a la totalidad de sus condiciones, explicadas públicamente en la ley, sin que su ignorancia valga de excusa. Por otra parte, no procedería la nulidad, por cuanto el error en un punto de derecho, como sería el caso, no vicia el consentimiento. También se valió del argumento de la regulación de la Superintendencia Financiera explicado *supra* por Porvenir S.A.

Además, opuso esta demandada, la demandante no ha contribuido al sistema del R.P.M. por 25 años, y no tiene sentido que se lucre de sus beneficios sin haber aportado a él. Así, si bien no se emitió una condena contra Colpensiones, sí se ha emitido una decisión que obligará a esta entidad pública a pagar una prestación a favor de la accionante (*ídem*, mins. 1:06:40-1:12:00).

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL de 13 de may. de 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también a la postura del Honorable Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida; y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 19 de febrero de 1967 (f.º 12); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 4 de diciembre de 1986 hasta el 31 de agosto de 1996, 323,43 semanas (CD f.º 43); **iii)** que el 23 de julio de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde agosto de 1996 (ff.º 19-22), con un total de 1456 semanas cotizadas para 21 de abril de 2021, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa en las páginas 106 a 113 del archivo de Anexos en el CD (f.º 68).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante sufrió traslado efectivo desde el 1.º de agosto de 1996, y aparece consolidado el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad en el fondo de pensiones administrado por PORVENIR S.A. Ahora, este formulario, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

Por su parte, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere-, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia CSJ SL1421-2019:

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere–, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, gastos de administración, lo aportado a la garantía de pensión mínima, y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 23 de julio de 1996, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 19); por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes que posea la demandante en su cuenta, junto con las sumas de seguro previsional, lo aportado

³ CSJ SL1688-2019.

a la garantía de pensión mínima, y gastos de administración. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta segunda instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 4 de octubre de 2021, por el Juzgado 41.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones obligatorias o voluntarias, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, garantía de pensión mínima, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

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

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GLADYS YOLANDA SANDOVAL MOYANO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-U.G.P.P.**

EXP. 11001 31 05 Tr 001 (017 2010 00735) 01.

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021, por el Juzgado 1.º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 20 reverso, (cuaderno del tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la ineficacia del traslado efectuado a PORVENIR S.A.; como consecuencia de lo anterior, solicitó que se decrete la nulidad del mencionado traslado, se protegieran sus derechos fundamentales y se autorizara el traslado entre regímenes pensionales.

Como consecuencia de lo anterior, pretendió que se condenara a PORVENIR S.A. a trasladar todos los montos aportados a COLPENSIONES, y a esta última a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 2 de febrero de 1964; realizó aportes en CAJANAL, entre el 23 de enero de 1984 y el 31 de agosto de 1997, y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 1.º de septiembre de 1997.

Manifestó, que los asesores de la A.F.P. no le brindaron información suficiente acerca del traslado entre regímenes pensionales y los efectos benéficos o adversos que generarían este traslado, por lo que PORVENIR S.A. no cumplió con su deber de información, y esto impidió a la demandante tomar una decisión informada acerca del cambio de regímenes pensionales.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue inadmitida mediante auto de fecha 12 de noviembre del año 2019 (Archivo 01, página 74), y posteriormente, fue subsanada y admitida el 2 de diciembre de 2019 (Archivo 01, página 80).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de Inexistencia del derecho y de la obligación, Excepción error de derecho no vicia el consentimiento, Buena fe, Prescripción e Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

Además de lo anterior, solicitó que se declarase la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la demandante, la condena a COLPENSIONES quede supeditada al traslado efectivo de la totalidad de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, así como los dineros destinados a seguros previsionales, gastos de administración, rendimientos, fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional de aplicar al caso por parte de PORVENIR S.A. (Archivo 01 páginas 143-147).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe (Archivo 01, páginas 203-205).

U.G.P.P., se opuso a todas las pretensiones propuestas por la demandante y como excepciones propuso las de Prescripción, Buena fe, Cobro de lo no debido, Compensación e Inexistencia de la responsabilidad (Archivo 01, páginas 332 y 333).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 01, páginas 521-523).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1.º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de junio de 2019, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante el día 1.º de agosto de 1997, así como también, válidamente vinculada a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES como si nunca se hubiese trasladado; como consecuencia de ello, condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración.

Finalmente, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda, y absolvió a la U.G.P.P. de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró como no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (Archivo audiovisual 07 y Archivo 08, páginas 1 y 2).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., apeló la sentencia solicitando que se revocara en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia debido a que si bien existe un precedente jurisprudencial acerca de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, este precedente no debe aplicarse de manera homogénea a todos los casos, pues cada uno de ellos tiene sus particularidades, y en cada uno de ellos, se debe analizar si las A.F.P. cumplieron o no su deber de información, y en el presente caso, considera PORVENIR S.A., que no se incumplió con este deber y no

hay razones para declarar la ineficacia o nulidad del traslado de regímenes pensionales, al haber cumplido con las prerrogativas de información para la época.

También, se aparta de la condena a devolver los rendimientos financieros y los gastos de administración, pues los efectos de la ineficacia son dejar sin efectos el acto jurídico y las cosas se retraigan a su estado inicial, en el entendido de que no se podría hablar de rendimientos si se deja sin efectos el acto jurídico de afiliación, dado que estos son exclusivos del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, así como los gastos de administración, los cuales se generan por la afiliación al régimen, al igual que los rendimientos financieros.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, para que sea revocada en su integridad, argumentando que el despacho no realizó una correcta valoración del testimonio de la demandante, en el cual existió una confesión, pues la demandante ilustró al despacho sobre algunos aspectos y características que le fueron informados durante la asesoría brindada al momento del traslado de régimen pensional.

Arguyó, que se debe tener en cuenta que en este tipo de procesos no existen medios probatorios además del interrogatorio de parte y el formulario de afiliación, pues para la época del traslado no existía la obligación legal documentar la asesoría y la información brindada al momento del traslado.

Por último, solicitó que en el caso de confirmarse la sentencia proferida en primera instancia, se absolviera a COLPENSIONES de la condena en costas impuesta, debido a que sus actuaciones han estado guiadas por la ley, además, también solicitó que las sumas que va a trasladar PORVENIR S.A. se trasladen de forma indexada.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 2 de febrero de 1964 (Archivo 01, páginas 22 y 258); **ii)** cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación definida

hasta el 1.º de agosto de 1997, 705 semanas (Archivo 01, páginas 23-31, 227, 230-238 y 474-482); **iii)** que el 1.º de agosto de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de octubre de 1997 (Archivo 01, páginas 62, 208, 227 y 511), A.F.P. a la que se encuentra vinculada actualmente, con un total de 1896 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en las páginas 230 a 238 del Archivo 01 y el informe que reposa en las páginas 210 a 223 del mismo archivo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía

sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 1.º de agosto de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., A.F.P. a la que actualmente se encuentra afiliada según los formularios obrantes en el Archivo 01, páginas 62, 208, 227 y 511, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

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

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

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

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

Finalmente, sobre la inconformidad respecto de la condena en costas de las entidades demandadas, encuentra la Sala que, la imposición de ellas a una parte, es una consecuencia implícita al hecho de haber sido vencida en juicio, conforme se estatuye en el artículo 365 del Código General del Proceso, tal como sucedió con las A.F.P. demandadas en primera instancia, ya que el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, de ahí que tal aspecto deba confirmarse la providencia apelada.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 01 de agosto de 1997, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 01, páginas 62, 208, 227 y 511), administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, por lo que PORVENIR S.A. deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

³ CSJ SL1688-2019.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021, por el Juzgado 1.º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA