



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **AZAEL OSPINA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

EXP. 11001 31 05 034 2019 00427 01.

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, 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 23 de marzo de 2022, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare nula e ineficaz su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) a la AFP Colfondos S.A., por la falta de información que vició su consentimiento; que se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) administrado por Colpensiones; que se condene a Colfondos a trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos rendimientos financieros, bonos y/o títulos pensionales y a Colpensiones a recibirlos y activar su afiliación.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 21 de diciembre del 1959, inició aportes en pensión al RPMPD el 1º de marzo de 1995, en el que cotizó 413 semanas; que el 25 de agosto de 2003 se trasladó a la AFP Colfondos, en la que actualmente se encuentra; que el asesor de este fondo no le asesoró de manera responsable y transparente, con información veraz, oportuna, pertinente y objetiva, para prever las consecuencias de su traslado lo que omitió, así como el monto de su pensión o indemnización sustitutiva o devolución de saldos, mediante proyecciones objetivas, ni la posibilidad de regresar al RPMPD o retractarse del traslado; que el 16 de julio de 2018 solicitó a Colfondos la anulación de su afiliación, y el siguiente 19 de julio a Colpensiones la activación de su afiliación, recibiendo respuesta negativa (f.º 51 a 60).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 20 de agosto de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 63), quienes dieron respuesta oportunamente.

Colfondos SA se allanó a las pretensiones formuladas en la demanda y solicitó que, en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado realizado por el demandante, no se le condenara en costas (f.º 82).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Admitió los hechos relativos a la edad del actor, su afiliación al ISS, las semanas cotizadas, la negativa a su solicitud de activación de afiliación; los demás dijo no constarle. Propuso en su defensa las excepciones que denominó 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 y no procedencia del pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Archivo 04, páginas 2 a 41).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 08).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 23 de

marzo de 2022, declaró la nulidad o ineficacia del traslado realizado por el demandante el 25 de agosto del 2003 del RPMPD al RAIS, con su afiliación a Colfondos SA, a quien condenó a reintegrar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con frutos e intereses o rendimientos causados, sin descuentos de valores por concepto de administración y a Colpensiones a recibir esos valores; declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de imponer costas (Archivos 12.1 y 12.2).

Consideró que la información que deben suministrar las administradoras de pensiones, debe constar como antesala de la afiliación y durante el proceso de traslado, deben informarse los beneficios e inconvenientes que pueden recaer sobre los afiliados al hacer la escogencia del fondo que reconocerá su prestación pensional; que la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha fijado las obligaciones que recaen sobre las AFP, a quienes corresponde demostrar que no hubo asimetría al momento de brindar la información, y deben proveer a los jueces de los medios de prueba que permitan concluir que al momento del traslado el afiliado contaba con los elementos de juicio necesarios para efectuar su afiliación y traslado de manera libre y voluntaria, lo que no puede inferirse de la firma del formulario de vinculación; que desde su creación, las AFP tienen la obligación de otorgar la información, conforme al D. 663 de 1993; que no es necesario para que proceda la ineficacia que se tenga un derecho consolidado o un beneficio transicional.

Advirtió en el caso concreto, que únicamente se presentó como prueba documental para verificar la información suministrada para el traslado de régimen, la solicitud de vinculación efectuada al fondo privado, la que carece de ilustración de las condiciones precisas del RAIS, solo contempla datos de índole general, personal y laboral; que se observa una falta al deber de información que las AFP están llamadas a tener; que la demandada no presentó prueba de haber cumplido con su obligación de entregar al afiliado al momento de la afiliación el reglamento de funcionamiento de la entidad y plan de pensión; que del interrogatorio de parte y de la documental recaudada, se concluye que la administradora del RAIS omitió suministrar información suficiente, para que el actor tomara una decisión de traslado consciente, no se demostró que el actuar de la administradora hubiese sido diligente; respecto a los vicios del consentimiento alegados, consideró que la afiliación se torna nula, ya sea por falta de información o por error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas

establecidas en el debate probatorio, lo que da a las partes el derecho a ser restituidas al mismo estado en el que se encontrarían de no haber existido el acto; y que la prescripción no se rige por el término previsto para la nulidad el acto jurídico, porque la connotación del derecho objeto del acuerdo, de carácter imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones argumentó que no se puede hablar de ningún tipo de detrimento a causa de no haber realizado una proyección pensional al demandante al momento de su traslado de régimen, ello debido a que no se tenía información suficiente para determinar a cuánto ascendería su mesada pensional en cada uno de los regímenes, adicionalmente, manifestó que la condena impuesta genera un detrimento a Colpensiones, debido a que se le está ordenando hacerse cargo de un afiliado que no aportó al RPMPD durante un largo período de tiempo.

Por último, arguyó que no se observan vicios del consentimiento en el acto jurídico celebrado entre el demandante y Colfondos, razón por la cual este no se puede desconocer con la sola manifestación del demandante de haber sido mal asesorado o mal informado.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Las apoderadas de demandante y Colpensiones presentaron sus alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en cada caso, en la demanda y su respuesta, así como en el recurso interpuesto.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en

la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 21 de diciembre de 1959 (f.º 3); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 1º de marzo de 1995 hasta el 30 de septiembre de 2003, 413 semanas (f.º 25 a 27, archivo 04 pág. 63 a 67); **iii)** que el 25 de agosto de 2003 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos, con fecha de efectividad desde 1º de octubre de 2003 (f.º 24, 41 a 43), administradora a la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1489,71 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en el reporte de cotizaciones (f.º 28 a 34), en el que se incluye el tiempo de servicio en el Senado de la República y el Gobierno Departamental del Tolima.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, 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, 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.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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.”

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.”

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 importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante suscribió formulario de traslado y vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos SA, el 25 de agosto de 2003, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, 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.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la Colfondos SA Pensiones y Cesantías, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en ese sentido, se **modificará** el numeral primero de la decisión apelada y consultada, para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 25 de agosto de 2003, con su afiliación a la Colfondos SA Pensiones y Cesantías.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Es por ello que se **modificará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a la AFP demandada, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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»*¹, por lo que resulta acertada la decisión de la juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En lo demás se **confirmará** la decisión. Sin costas en la alzada.

¹ 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: MODIFICAR los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, los que quedarán así:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO efectuado el 25 de agosto de 2003 por AZAEL OSPINA GÓMEZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con su afiliación a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS.

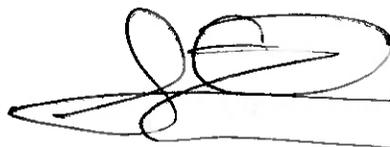
SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes pensionales y saldos de la cuenta de ahorro individual de AZAEL OSPINA GÓMEZ, así como sus rendimientos financieros, bonos pensionales y el valor descontado por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aporte pagado, para lo que se concede un término de un mes.

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

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



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ADDY ESPERANZA PUEENTES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**

EXP. 11001 31 05 024 2020 00194 01.

Bogotá DC, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, 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 24 de febrero de 2022, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado realizado el 1° de abril del año 2001 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por la AFP Porvenir, como consecuencia de ello, se condene a esa AFP a trasladar a Colpensiones las sumas correspondientes a todos los aportes efectuados al RAIS, junto con sus rendimientos, con el detalle de traslado de aportes, y reintegrar gastos de administración; a Colpensiones a activar su afiliación en el RPMPD, así como aceptar y recibir los aportes; y a ambas, al reconocimiento,

liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales a que haya lugar, y costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 28 de febrero de 1956, se afilió al RPMPD el 10 de agosto de 1992, es beneficiaria del régimen de transición, el 1º de marzo del 2000 se trasladó a la AFP Porvenir, sin que se brindara información adecuada y completa proceder al cambio de régimen, no cumplió con el deber de información que le correspondía, para que pudiera tomar una decisión informada, autónoma y consciente respecto a los riesgos del traslado y la pérdida de los beneficios que le reportaría, no le informó las condiciones del sistema pensional en el nuevo modelo, desventajas del traslado, que la pensión dependía de los aportes efectuados y su reconocimiento, la información fue exigua, engañosa y poco diáfana; que el 11 de abril de 2011 solicitó a Porvenir el traslado a Colpensiones, negado en respuesta del 28 de mayo de 2012; el 15 de julio solicitó ante esa AFP la nulidad del traslado; y, el 26 de junio radicó solicitud de traslado en Colpensiones, negada inmediatamente (Archivo 4).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se inadmitió el 15 de septiembre de 2020, luego de ser subsanada fue admitida el 15 de diciembre en 2020, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 03 y 05), quienes dieron respuesta oportuna.

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda. En cuanto a los hechos, admitió lo relativo a la edad de la demandante, la afiliación y aportes al RAIS, que actualmente se encuentra afiliada a Porvenir, y la petición de nulidad de su afiliación; negó lo relativo a la falta de información, advirtiendo que informó de manera oportuna, clara y veraz de las características, condiciones, requisitos y funcionalidad del RAIS, conforme a la normatividad vigente para la fecha del traslado, con constancia de ello en el formulario de afiliación, en el que se señala que se le indicaron las características propias del RAIS, y requisitos del régimen de transición para esa fecha; dijo no constarle los restantes. En su defensa propuso como excepciones 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 07).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones. De los hechos, admitió la edad de la demandante, su afiliación al ISS, su actual afiliación a Porvenir, y las solicitudes presentadas ante la entidad; los demás dijo no constarle. Propuso como excepciones de mérito las que denominó la 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, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el 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 de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (Archivo 08).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 13).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 22 de febrero de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al RAIS a través de Porvenir, el 18 de febrero del 2000, que para todos los efectos legales siempre estuvo en el RPMPD; ordenó a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, rendimientos, gastos de administración; a Colpensiones recibir la afiliada, actualizar y corregir su historia laboral; y se abstuvo de condenar en costas.

Consideró que el art. 97 Decreto 663 de 1993, vigente para la época de la vinculación de la demandante al RAIS, establece la información que debía darle el fondo, que al respecto en sentencia CSJ SL3035-2021, se precisó que la obligación en los términos de esa norma, hace referencia a la descripción de características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los sistemas pensionales, un parangón entre los regímenes, ventajas y desventajas del traslado, y el deber del buen consejo; mencionó las sentencias CSJ SL1421 y SL1688 de 2019 respecto al libre albedrío, que en materia de seguridad social debe ajustarse a una voluntad informada, con elementos suficientes para advertir las consecuencias del acto.

Concluyó que conforme al criterio jurisprudencial, incumbe la carga de probar a la AFP, que al momento del traslado se le brindó al afiliado la información clara, completa y comprensible, sobre la trascendencia de la decisión; que en el caso bajo estudio se evidencia el traslado al RAIS administrado por la AFP Porvenir, sin embargo, esta no cumplió con la carga de la prueba allegando los medios de convicción que den cuenta de la información que dio a la demandante en su momento para el traslado, que fue pertinente, útil y necesaria, y que se brindó a través del asesor, no acreditó el cumplimiento del deber de información, resultando insuficiente el formulario de afiliación, en la medida en que no se prueba en el proceso qué información se le brindó; que del interrogatorio de parte no se puede deducir confesión alguna, pese a que admite que se le informaron algunos aspectos del RAIS, no se le pusieron de presente las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, siendo insuficiente lo informado. Mencionó las sentencias CSJ SL1421 y SL1688 de 2019, respecto a que lo que procede en caso del incumplimiento del deber de información es declarar la ineficacia, sin que deban demostrarse vicios del consentimiento, entendiéndose que el acto nunca existió, nunca produjo efectos jurídicos, y procede la devolución de todos los aportes con rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos; y respecto a la excepción de prescripción, que el derecho a la seguridad social es imprescriptible, ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, la declaratoria de ineficacia es imprescriptible, además porque forma parte de los derechos de seguridad social, como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir solicitó que la sentencia fuera revocada, argumentando que la demandante tomó la decisión libre y voluntaria de realizar el traslado de régimen pensional al RAIS administrado por Porvenir SA, esta AFP cumplió con todos los presupuestos legales existentes para la época al momento del traslado; que para el momento del traslado, no era obligatorio dejar constancia escrita de la información brindada al afiliado, bastando con la suscripción del formulario de afiliación para probar el consentimiento informado, por lo que solicitar estos documentos somete a Porvenir a un imposible jurídico; que el deber de información no debe entenderse de manera unilateral, pues la demandante también tenía el deber de informarse acerca de su situación pensional.

Por último, argumentó que la condena a devolver los gastos de administración y los rendimientos financieros generados resulta improcedente al tratarse de una declaración de ineficacia de la afiliación, debido a que esta declaratoria implica que el acto de vinculación nunca se generó, por lo que tampoco lo hicieron los rendimientos financieros, mientras que los gastos de administración no están encaminados a financiar la pensión de vejez del afiliado, sino que son una contraprestación generada por la gestión realizada por los fondos de pensión y estos se generan en ambos regímenes pensionales, por lo que ordenar su devolución a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin causa a favor de dicha entidad.

Colpensiones solicitó la revocatoria de la decisión, argumentando que dentro del proceso no se demostró que se hubiese presentado un vicio del consentimiento al momento del traslado de régimen pensional, sino que se evidencia un desacuerdo de la demandante con el monto de su mesada pensional; que la inversión de la carga de la prueba no opera de manera automática, sino que se debe estudiar cada caso particular y sostuvo que para el presente caso la afiliada tuvo un entendimiento de lo que suponía el traslado de régimen pensional.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 4 de abril de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en cada caso, en la demanda, las contestaciones y en la sustentación de los recursos interpuestos.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por

la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 28 de febrero de 1956 (Carpeta 11, archivo GEN-DDI-AF-2018_11573902); **ii)**

cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 10 de agosto de 1992 hasta el 29 de febrero del 2000, 153,43 semanas (Archivo 01 pág. 29); **iii)** que el 18 de febrero del 2000 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir, con fecha de efectividad desde 1º de abril del 2000 (Archivo 07, páginas 42, 43 y 122), con un 1012 semanas aportadas a esa AFP, para un total de 1.167 semanas cotizadas en toda su vida laboral a la fecha de generación de la historia laboral, el 2 de febrero de 2021 (Archivo 07, páginas 29 a 41).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, 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, 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.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en

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

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.”

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.”

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 importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una

expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante suscribió formulario de traslado y vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA, el 18 de febrero de 2000, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, 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.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 18 de febrero de 2000, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos

financieros, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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»*¹, por lo que resulta acertada la decisión de la juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Es por ello que se **confirmará** en su integridad la sentencia apelada y consultada. Sin costas en la 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

¹ CSJ SL1688-2019.

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



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **023 2020 00096 01**
DEMANDANTE: SALOMÓN CORTÉS PÁEZ
DEMANDADO: REDES Y COMUNICACIONES DE COLOMBIA LIMITADA - EN REORGANIZACIÓN, sigla REDCOM LTDA

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, toda vez que la decisión fue totalmente adversa a sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene al reconocimiento y pago de los aportes en pensión dejados de consignar mientras existió la relación laboral con la empresa demandada, así como la dotación y los salarios dejados de cancelar desde el mes de noviembre de 2018 hasta el mes de enero de 2020. Además, se condene al pago de la indemnización contemplada en el Art. 65 del CST y a la indexación de los valores ordenados.

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que celebró un contrato laboral a término fijo con la sociedad demandada, donde inició sus labores el día 3 de febrero de 2012; que su salario era el mínimo legal mensual vigente, más auxilio de transporte; que su jornada de trabajo era de 7:00 a.m. a

5:00 p.m., dentro de la cual tenía 2 horas de almuerzo; que el cargo que desempeñó fue el de encuestador.

Adujo, que cuando firmó su contrato laboral, le comunicó a su empleador de manera verbal, su voluntad de cotizar a pensión de vejez, sin embargo, no se efectuaron pagos por éste concepto a su favor; que durante toda la vigencia de la relación laboral, su empleador soslayó la entrega de la dotación; que su empleador el 5 de abril de 2017 le dio a firmar 3 licencias no remuneradas, que comprendieron el periodo del 5 de abril de 2017 al 31 de agosto de 2018; y que el 31 de octubre de 2018, el trabajador, de manera unilateral decidió dar por terminado su contrato laboral; momento en que su empleador no le dio a conocer el estado del pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos 3 meses anteriores a la terminación del contrato (f.º 1-10).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió el 7 de octubre de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 33)

Redcom Ltda., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones condenatorias incoadas en su contra. Adujo, que no es cierto que el demandante hubiese solicitado su afiliación al régimen pensional, y tampoco existe prueba de su dicho; que la dotación del mes de abril de 2012 no se causó porque no había cumplido con el tiempo de servicios que exige la norma, en todo caso, si en gracia de discusión se aceptara que se tiene derecho a tal cosa, el mismo se encuentra prescrito, así como las dotaciones siguientes hasta abril de 2017. Indicó, que el contrato del demandante se suspendió durante el periodo del 5 de abril de 2017 al 31 de octubre de 2018, por lo que durante ese tiempo no tenía la obligación de pagar los salarios y entregar la dotación al trabajador.

Formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción del derecho a reclamar la dotación por el periodo comprendido entre el 3 de febrero de 2012 y el 31 de agosto de 2017, inexistencia del derecho a reclamar la dotación por el periodo comprendido entre el 5 de abril de 2017 y el 31 de octubre de 2018, inexistencia de la obligación de indemnizar por presunta mora en el pago de salarios y prestaciones, inexistencia de la obligación de indemnizar por presunta

omisión de afiliación del señor Salomón Cortés al fondo de pensiones (exp. dig., CD f.º 41).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 10 de marzo de 2021, absolvió a la sociedad demandada Redcom Ltda. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el trabajador demandante, a quien condenó en costas. Además, ordenó compulsar copias a la DIAN, a la UGPP, y a la Fiscalía General de la Nación, a efecto de que se estudie la conducta que pueda existir en el presente asunto por parte de la empresa demandada (f.º 40).

Consideró que conforme a la fijación del litigio, el problema jurídico consistía en determinar la clase de contrato que existió entre las partes, y consecuentemente, la forma en que terminó, y si se entregaron las dotaciones y se realizaron los pagos al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Indicó respecto del vínculo contractual existente entre las partes, que conforme a los art. 22, 23 y 24 del CST, la prestación personal del servicio es requisito indispensable para que exista contrato de trabajo, sin embargo, pese a que conforme a las documentales obrantes en el proceso, las partes hubiesen suscrito uno con tal denominación, el mismo, en virtud del principio de la realidad, no puede ser considerado como tal, pues, según las manifestaciones del Representante Legal de la empresa demandada y del mismo demandante en el interrogatorio de parte, la prestación personal del servicio no existió, el demandante no realizó ninguna actividad, ni cumplió ninguna función para la entidad demandada, y sólo asistía ocasionalmente a las instalaciones de la empresa.

Adujo, que de acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, se pudo establecer que la empresa demandada contrató al demandante en razón a que recibiría los beneficios económicos del Gobierno consagrados en el art. 24 de la Ley 361 de 1997, por contratar a personas en condición de discapacidad, como por ejemplo la rebaja sobre el impuesto a la renta consagrada en el art. 31 *ibidem*; más no para desarrollar ninguna labor útil para la empresa, pues, como ya se dijo, el demandante ni siquiera prestó el servicio; de manera que todo se dio únicamente para que tanto el demandante como la empresa demandada se

beneficiaran, pues, el primero recibía un salario sin prestar el servicio, y el segundo, los beneficios existentes en la disposición normativa mencionada.

Concluyó que la suscripción ficticia del contrato laboral no se dio únicamente con el fin loable de apoyar a personas con discapacidad, sino también, de recibir eventualmente los beneficios económicos que legalmente establece la norma, razón por la cual, aunque absolvió a la empresa demandada de las pretensiones incoadas, compulsó copias a las autoridades competentes para que investigaran las conductas desplegadas por las partes del proceso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Redcom Ltda., solicitó la revocatoria de la sentencia en lo que tiene que ver con la orden de compulsar copias a la Dian, UGPP, y demás entidades, pues, tal como quedó expuesto en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la sociedad, la vinculación de los trabajadores obedece a la colaboración que como empresa se requiere, de un proyecto que surgió del Gobierno, en aras de permitir la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral.

Adujo, que no existe mala fe de su parte en la vinculación de aquellas personas, pues, tal como se señaló en la sentencia, siempre pagó el salario y todas las condiciones de seguridad social que la ley le ordena, y no existió ningún perjuicio para el demandante, más aún cuando, en todo caso, la Ley 361 habilita a la empresa para efectuar tal tipo de contratación.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 29 de junio de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 44).

En este punto, precisa la Sala que asumirá el estudio del asunto también en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, toda vez que la decisión fue totalmente adversa a sus pretensiones, razón por la cual fue ordenado en el numeral tercero de la decisión, y consecuentemente remitido el expediente al tribunal, también con esa finalidad.

Ninguna de las partes presentó alegaciones.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del CPTSS, la Sala tendrá como problema jurídico, establecer **i)** si entre las partes existió un vínculo laboral, y en caso afirmativo, determinar si durante su vigencia se entregó la dotación al trabajador demandante, si se efectuaron las cotizaciones correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y si el mismo se hace acreedor al pago de la indemnización contemplada en el art. 65 del CST, y **ii)** si resulta procedente o no, la orden de compulsar copias a la DIAN, la UGPP, y a la Fiscalía General de la Nación, en aras de que se investiguen las conductas desplegadas por las partes dentro de la relación contractual que existió entre ellas.

Del vínculo contractual existente entre las partes - Sea lo primero precisar, que el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, define el contrato de trabajo como aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración.

Además, es preciso recordar que son elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el art. 23 del CST, modificado por el art. 1º de la Ley 50 de 1990, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio.

Así mismo, que el art. 24 ibídem, modificado por el art. 2º de la Ley 50 de 1990, estableció una presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a quien lo alega, la acreditación de la prestación del servicio personal y a quien resiste la pretensión, derribar la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta.

Así las cosas, lo primero que observa la Sala, es que tal como lo advirtió el juzgador de primera instancia, a folios 21 a 25 del expediente, obra contrato

individual de trabajo a término fijo a un año, suscrito por el aquí demandante y la empresa Redcom Ltda el 3 de febrero de 2012, donde quedó consignado que el trabajador desempeñaría el cargo de encuestador y devengaría un salario de \$566.700; igualmente, a folio siguiente, se tiene documental del 21 de agosto de 2018 expedida por la empresa demandada, mediante la cual se certifica que el Señor Salomón Cortés Páez *“labora en nuestra compañía desde el 03 de febrero de 2012 a la fecha, desempeñando el cargo de ENCUESTADOR con contrato a término fijo a un año”*.

Pese lo anterior, conforme el principio de primacía de la realidad sobre las formas, resulta imperioso tener en cuenta respecto de la prestación personal del servicio del demandante, lo manifestado por las partes en sus interrogatorios de parte, pues, fueron coincidentes en señalar que el demandante no cumplía ninguna función, ni prestaba ningún servicio para la empresa.

El Representante Legal de Redcom, manifestó que las personas que como el demandante, hacen parte del programa social y voluntario que tiene la empresa de integración de personal con discapacidad, que se dio con ocasión de lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, no realizan ninguna función, ni tienen ninguna actividad útil dentro de la misma, salvo casos como el de los médicos vinculados, razón por la que tampoco es requerida su asistencia y por la que no se les da dotación.

Aunado a ello, el demandante también señaló que, pese a que en el contrato de trabajo se determinó que él cumpliría la función de encuestador, lo anterior nunca fue así, puesto que únicamente asistía a reuniones ocasionales en la empresa, cada 20 días aproximadamente, sin embargo, no realizaba ningún tipo de actividad, ni debía desempeñar ningún trabajo para la sociedad demandada, sin que ello viera afectado su salario, ya que lo recibía de forma íntegra cada mes.

De lo anterior se puede concluir, que en efecto, pese que las partes suscribieron un contrato de trabajo mediante el cual se le asignó al demandante un cargo y unas funciones, lo cierto es que aquel no prestó ningún tipo de servicio para la entidad demandada, ni se vislumbra intención alguna de hacerlo en vigencia del contrato suscrito, razón por la que el actor no se puede considerar como trabajador de la demandada, pese a que ostente dicha denominación, toda vez que en la realidad no se verificaron los elementos esenciales del contrato de

trabajo, no cumple con dos de los requisitos esenciales para la existencia de un contrato de naturaleza laboral, de conformidad con la normativa citada.

Y no puede asimilarse la situación verificada en este proceso a la prevista por el art. 140 del CST, que reza: «*SALARIO SIN PRESTACION DEL SERVICIO. Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador*», ello por la potísima razón de que, en este caso, nunca existió un verdadero contrato de trabajo entre las partes, porque acorde con lo manifestado no fue esa la verdadera intención de las partes al suscribir el acuerdo de voluntades que denominaron contrato de trabajo, se trató en realidad de un contrato simulado para obtener beneficios de índole tributario previstos en la ley, dada la calidad de las partes contratantes, en particular, la condición de discapacidad del actor, y en ese orden, mal podría entenderse que existió entre los contratantes un verdadero contrato de trabajo, menos aún que en su vigencia -que no se verificó, dejó de prestarse el servicio por disposición o culpa del empleador - el que nunca se prestó, para entender que el pago realizado en verdad constituía salario, el que por definición legal, acorde con lo establecido en el art. 127 del CST, es toda remuneración que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, y se itera, en este caso el trabajador nunca prestó el servicio, ni fue intención de las partes que así fuera.

Por lo expuesto, no resulta procedente el estudio de las consecuentes pretensiones derivadas de la presunta existencia del contrato de trabajo, pues se itera, este fue simulado, en realidad nunca existió, por lo que habrá de **confirmarse** en este tópico la providencia consultada.

De la compulsas de copias - Ahora, en aras de desarrollar el segundo punto del problema jurídico planteado, ha de tenerse en cuenta que, en el interrogatorio de parte que rindió el Representante Legal de Redcom Ltda, también efectuó varias manifestaciones tendientes a indicar que sus actuaciones se enmarcaron en los lineamientos de la mentada Ley 361 de 1997, donde la empresa ha sido pionera en inclusión laboral de éste tipo de trabajadores, y confesó, como ya se dijo, que el demandante no realizaba ninguna función, pues, su vinculación se debía a un proyecto social en aras de cumplir lo dispuesto en la disposición normativa, por lo que ni siquiera debía acudir a la compañía.

Así mismo, el Señor demandante, también adujo que pese a que no le prestaba ningún servicio a la demandada, junto a sus compañeros del “*grupo de discapacitados*”, solicitaron trabajar dentro de la empresa, para efectuar alguna labor social allí dentro, frente a lo cual, la sociedad les manifestó, que se estaba estudiando tal posibilidad en aras de tener en cuenta su discapacidad, ya que por ellos estaban recibiendo un “beneficio del Estado”.

Al respecto, resulta necesario advertir que la decisión de compulsar copias del proceso para que las entidades correspondientes estudien las conductas desplegadas por las partes y acaecidas conforme al material probatorio allegado al interior del mismo, no resulta de manera alguna lesiva a los derechos de las partes, pero además, no es una decisión que resulte modificable o revocable en virtud del recurso de apelación, puesto que tal orden constituye un ejercicio del deber de los funcionarios públicos, de denunciar ante las autoridades competentes las circunstancias, hechos, actos u omisiones, que consideren constitutivos de una conducta punible, así como las faltas disciplinarias o contravenciones de cualquier índole, sin que ello signifique una extralimitación de sus funciones.

De manera que, en el evento en que la entidad competente o el ente investigador respectivo, encuentre mérito para iniciar un proceso o una actuación del caso, la misma deberá adelantarse de conformidad con los procedimientos legales establecidos para tal fin, caso en el cual, el implicado podrá ejercer los derechos de defensa y contradicción al interior del respectivo trámite.

Aunado a lo anterior, resulta necesario precisar que la finalidad de la Ley 361 de 1997 no se agota en que las empresas o entidades estatales vinculen a personas que presenten limitaciones, sin que las mismas realicen ninguna función dentro de las empresas, negocios, o entidades, y sólo en aras de disfrutar de los beneficios que tal disposición contempla, pues, lo que se buscó con tal regulación fue, entre otros, reintegrar laboral y socialmente a las personas con limitaciones, asignándoles funciones que se adecúen a las capacidades especiales del trabajador, en aras de dar oportunidades nuevas y de que se merme su discriminación laboral, para lograr la inclusión social, finalidad que de manera abyecta se desdibuja con la conducta que se advierte en este asunto fue desplegada por las partes.

Sin costas en esta instancia 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,

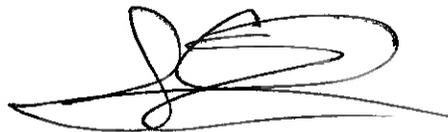
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 10 de marzo de 2021, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ HELENA SALAMANCA FLECHAS** en contra de **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.**

EXP. 11001 31 05 022 2021 00217 01

Bogotá DC, treinta y uno (31) mayo de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, 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 15 de febrero de 2022, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslados efectuados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida “RPMPD” al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad “RAIS”, administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, por existir un engaño por el incumplimiento y omisión de los deberes legales de información a la afiliada, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento; así mismo, que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, administrado por Colpensiones desde el 1 de junio de 1995; que Porvenir debe trasladar a Colpensiones todas

las sumas a favor de la demandante como sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del CC y Colpensiones debe recibirlos; que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en la Ley 797 de 2003, la que debe reconocer Colpensiones a partir del 20 de agosto de 2018, con intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, retroactivo, mesada 14, e indexación de las sumas reconocidas (Archivo 01 demanda, pág. 15).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se afilió al extinto ISS el 1 de junio de 1995, cotizó 68 semanas, se trasladó el 12 de noviembre de 1996 a la AFP Porvenir por una mala asesoría; que los asesores le manifestaron que el monto de su pensión sería mayor al que obtendría en el ISS, podría pensionarse a la edad que quisiera, sin aclarar los requisitos que debía cumplir para lograrlo, y que el ISS se iba a acabar, por lo que perdería sus aportes; que omitieron darle información de las ventajas, desventajas, riesgos y demás características, que se presentarían al momento de efectuarse el cambio de régimen pensional; que en los formularios de vinculación no existe constancia alguna o anexo de la información suministrada.

Aseveró que el 30 de octubre de 2003 radicó solicitud de traslado ante el ISS, con más de cinco años en el RAIS, la que solo 9 años después fue aprobada, el 1º de septiembre de 2012, pero el 30 de noviembre de ese año le informan que no es procedente el registro de su afiliación, y en certificación del 1º de agosto de 2013, que fue anulado su traslado; que laboró como empleada pública en la ESE Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá; que el 27 de octubre de 2020 elevó solicitud a Porvenir, entidad que negó la anulación del traslado y realizó proyección pensional que deja ver el daño a sus derechos; y que el 19 de noviembre de 2020 elevó solicitud a Colpensiones de proyección y liquidación de mesada pensional (Archivo 01 demanda).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 27 de julio de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 03 quienes dieron respuesta en término oportuno).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones. De los hechos, aceptó la afiliación al ISS, semanas cotizadas, el traslado de la

demandante al RAIS, la posterior negativa a registrar su afiliación al ISS, la anulación del traslado aprobado el 1º de septiembre de 2012, indicando que fue asignada por comité de multivinculación al RAIS; los demás, dijo no constarle. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria (Archivo 05).

Porvenir SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones. De los hechos, admitió los relativos a las solicitudes presentadas ante las demandadas; negó lo aducido respecto a la asesoría para el traslado, indicando que brindó una asesoría profesional y completa, con información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión consciente; los demás dijo no constarle. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (Archivo 07)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 15 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS, el 12 de noviembre de 1996, que para todos los efectos legales nunca se trasladó y siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; ordenó a Porvenir trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, devolución de gastos de administración, y del valor de las primas de seguros provisionales debidamente indexados a la fecha de entrega a Colpensiones; a esta entidad recibir los dineros y efectuar los ajustes en la historia pensional; declaró que Colpensiones puede obtener por vía judicial el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación

pensional de la demandante; no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y, condeno en costas a Porvenir SA (Archivos 018 y 019)

Hizo un recuento del marco normativo pertinente, mencionando el literal b art. 13, 114 y 279 Ley 100 de 1993, Decreto 663 de 1993, art. 4 Decreto 656 de 1994, art. 12 del Decreto 720 de 1994, art. 1604 del CC, así como las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL3719-2021, conforme a lo cual el deber de información incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva a dar a conocer la existencia del régimen de transición, ventajas y desventajas, la conveniencia y perjuicio al afiliado, sin que importe si el afiliado tiene o no una expectativa legítima, y se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo demostrar si cumplió con el deber de informar y asesorar suficientemente para la validez del traslado de régimen pensional; que el incumplimiento de ese deber se debe abordar desde la ineficacia de traslado en sentido estricto; y que, la sostenibilidad del sistema no se ve afectada porque los aportes serán devueltos con su rendimientos.

Consideró que en el caso concreto, fue demostrado el cambio del régimen de prima media al de ahorro individual, el 12 de noviembre de 1996, a la AFP Porvenir SA, con efectividad el 1º de enero de 1997 y hasta el 30 de noviembre de ese año; estuvo afiliada a partir del 1º de diciembre de 1997 al 31 de octubre de 2000 a la AFP Horizonte, del 1º de noviembre de 2000 al 30 de junio de 2005 a Porvenir, del 1º de julio de 2005 al 31 de diciembre de 2013 a la AFP Horizonte y del 1º de enero de 2014 en adelante a Porvenir.

De las allegadas concluyó que la AFP incumplió el deber impuesto por el art. 167 del CGP, pues no demostró haber brindado a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna acerca de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos, y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse en su situación personal; que ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte, y la suscripción del formulario de afiliación no acredita el deber de información pues a lo sumo prueba un consentimiento libre de vicios pero no informado.

En consecuencia, advirtió que se configura una violación del deber de información, que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional,

que no puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras. De la prescripción, adujo que si la ineficacia conlleva una controversia de índole pensional, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo. Y, que Colpensiones puede reclamar por la vía judicial los perjuicios que se le ocasionen al asumir la obligación pensional de la demandante, sin reservas para ello, por la omisión del fondo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones argumentó que el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, cuya finalidad es salvaguardar el principio de solidaridad del régimen público, el que no se cumple cuando la demandante lleva más de 10 años sin cotizar en RPMPD; que la intención de la demandante de retornar a Colpensiones no es la falta de información por parte de la AFP Porvenir, sino su descontento por la mesada pensional que obtendrá en el régimen privado, ya que para la época del traslado era imposible saber cuál iba ser la mesada pensional de la demandante en un futuro.

Porvenir apeló manifestando que el precedente de la Corte Suprema de Justicia no se podía aplicar de manera homogénea todos los procesos donde se solicite la nulidad o la ineficacia de la afiliación, que debe haber similitud fáctica de cada caso, lo que no se da en el presente asunto, ya que la demandante realizó el traslado de manera voluntaria sin presiones con la normatividad vigente para la fecha de 1997, donde le brindaron información veraz y suficiente al momento de la afiliación; que no existía la obligación de una asesoría más allá de la establecida por la ley, ni la obligación de un buen consejo para desincentivar la afiliación, ni existía obligación de doble asesoría.

Arguyó, que la demandante contó con múltiples oportunidades de regresar al RPMPD, toda vez que cuando se trasladó al RAIS, conforme a la normativa vigente, después de los 3 años podía retornar a Colpensiones, pero decidió continuar de manera libre y voluntaria en el RAIS; que no es procedente la devolución de los rendimientos financieros, que no se generan en el RPMPD, ni gastos de administración, en la medida en que estos son descuentos legales que se generan en ambos regímenes, y funcionan como contraprestación por la administración realizada por las AFP y para asegurar los riesgos de vejez y muerte del afiliado.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 4 de abril de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Colpensiones presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación, así como en la sustentación del recurso de apelación.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos

efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 17 de septiembre de 1958 (Archivo 01, pág. 111); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de junio de 1995 hasta el 30 de noviembre de 1996, 68 semanas (Archivo 01, pág. 114); **iii)** que el 12 de noviembre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde 1º de enero de 1997, posteriormente se trasladó a la AFP Horizonte, el 28 de octubre de 1997, regresó a Porvenir el 20 de septiembre de 2000, luego migró nuevamente a Horizonte el 31 de mayo de 2005, encontrándose en la actualidad en Porvenir (Archivo 01, pág. 107, 108, Archivo 07, pág. 533, 534), con un total de 1314 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (Archivo 07 demanda, pág. 31) la certificación de (Archivo 07 demanda, pág. 57)

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, 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, 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.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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.”

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.”

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 importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante suscribió formulario de traslado y vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA, el 12 de noviembre de 1996 (f.º 70), AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, 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.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 12 de noviembre de 1996, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera

¹ CSJ SL1688-2019.

instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Es por ello que se **confirmará** en su integridad la sentencia apelada y consultada. Sin costas en la 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,

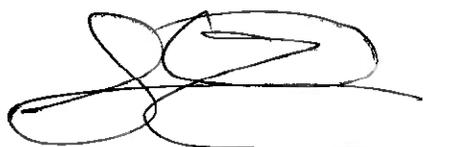
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2022, por el Juzgado 22 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



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/r/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Documents/ANAQUEL/REPARTO%20VIRTUAL/Juzg.%2022%20Lab.%20Cto%20Obt%C3%A1/022%202021%2000217%2001?csf=1&web=1&e=nTS5D7](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/r/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Documents/ANAQUEL/REPARTO%20VIRTUAL/Juzg.%2022%20Lab.%20Cto%20Obt%C3%A1/022%202021%2000217%2001?csf=1&web=1&e=nTS5D7)