



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOAQUÍN HERNANDO GONZÁLEZ TIBAQUIRÁ** en contra de **COLPENSIONES, LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 030 2019 00104 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que tiene derecho a la devolución de aportes; en consecuencia, se condene a Colpensiones y al Ministerio de hacienda y Crédito Público, emitir el bono pensional a favor de la A.F.P. Colfondos S.A., y a su vez, condenar a dicho fondo privado a reconocer y pagar la devolución de aportes, con la respectiva indexación a cargo de todas las demandadas (f.º 29).

Sustentó sus pretensiones, en que laboró en varias empresas privadas con las cuales cotizó al extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES, y finalmente a la A.F.P. COLFONDOS S.A., de igual forma laboró y cotizó en forma alterna con el Magisterio Oficial Colombiano, motivo por el que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció la pensión de invalidez mediante Resolución n.º 0839 del 4 de febrero de 2014, pero no utilizó los aportes a pensión de las empresas de carácter privado.

Adujo, que el 30 de octubre de 2018, solicitó a COLPENSIONES que se trasladaran los aportes que realizó en pensiones con entidades del sector privado a la A.F.P. COLFONDOS, pero le indicaron que la mencionada A.F.P. debía gestionar la emisión del bono pensional; solicitó a COLFONDOS el mismo día la devolución de saldos y de los aportes efectuados a COLPENSIONES, por la imposibilidad de seguir cotizando, pero la solicitud fue negada el 2 de noviembre de 2018; el 6 de noviembre siguiente solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la expedición de la certificación del bono pensional respectivo y se aprobada el mismo a favor de Colfondos, petición que también fue rechazada (f.º 28, 29).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 14 de febrero de 2019, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 37), quien contestaron así:

COLPENSIONES, contestó con oposición, con el argumento de que no es la entidad competente para el reconocimiento de la prestación solicitada, dado que se encuentra actualmente vinculada a Colfondos; propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación por pasiva, prescripción, caducidad, compensación, cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, y buena fe (f.º 48-53).

EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, sostuvo que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del bono pensional, ya que la fuente de financiación de este instrumento público, así como de la pensión de jubilación otorgada al demandante como Docente, por parte del Magisterio Fomag, es del Presupuesto General de La Nación, de manera que, se estaría reconociendo dos asignaciones del tesoro público, aunado a que el demandante no podía afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, por exclusión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993; propuso como excepción la de inexistencia de la obligación a cargo del Ministerio (f.º 65-71).

COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, porque ya efectuó la devolución de los saldos que se encontraban en la cuenta de ahorro individual, al demandante, sin

que se le adeude suma de dinero alguna por concepto de bono pensional, dado que el mismo no fue liquidado, ni pagado al fondo, dado que la Oficina de Bonos Pensionales no lo emitió porque el demandante es pensionado del Fomag. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de acción, falta de causa en las pretensiones de la demanda, compensación, y buena fe (f.º 82-99).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 39, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de febrero de 2020, condenó al Ministerio de Hacienda a emitir el bono pensional tipo A modalidad 2, por los tiempos privados cotizados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto I.S.S., entre el 6 de febrero de 1978 y el 31 de diciembre de 1999, más las costas a favor del demandante; condenó a Colfondos S.A. a realizar la solicitud de emisión, redención del bono pensional y devolución al demandante, de los aportes provenientes del bono pensional que reposan en la cuenta individual del afiliado, junto con sus rendimientos mes a mes hasta el día del pago correspondiente, y la condenó en costas en favor del demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Motivó la decisión y en lo que interesa a la alzada, dijo que el traslado que el demandante hizo al régimen de ahorro individual no estaba en discusión porque no fue demandada su nulidad, ni su

ineficacia. Agregó, que como las prestaciones otorgadas a docentes del Fomag no son incompatibles con las otorgadas por el régimen de prima media con prestación definida, cuando se hacen aportes para el sector privado, la pensión de jubilación otorgada al demandante con base en la Ley 91 de 1989, no resulta incompatible con el bono pensional reclamado, de conformidad con los artículos 16 del Decreto 1299 de 1994, 31 del Decreto 692 de 1994, y 2.º del Decreto 3798 de 2003, 81 de la Ley 812 de 2003, y los Decretos 1748 de 1995 y 4712 de 2008, normas con las que se regula el momento en el que se debe redimir un bono y su modalidad, así como las funciones de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, máxime cuando su financiación deviene de recursos de naturaleza distinta, los aportes hechos en el R.P.M.P.D. tienen un origen diferente, y no son objeto de prohibiciones legales (f.º 115-118).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, apeló con el argumento de que el demandante no tiene derecho a recibir ninguna prestación del R.A.I.S por ser un afiliado excluido o exceptuado por disposición expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por lo que la afiliación a dicho régimen resulta ser inválida y contraria a dicha normativa, de manera que, se debe ordenar la devolución del demandante a COLPENSIONES, para que sea dicha entidad la que determine la prestación a la cual tendría derecho, teniendo en cuenta los tiempos cotizados con empleadores del sector privado que sería compatible con la pensión de jubilación otorgada por el Magisterio, con cargo a los recursos públicos de La Nación; señaló, que en caso de que no se acceda a ello y se considere que el demandante está válidamente afiliado al R.A.I.S., la eventual devolución de saldos no se puede financiar con el bono pensional,

tras ser incompatible con la pensión de jubilación [sic] que percibe el demandante, por ser ambos financiados con recursos públicos.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico el verificar si hay lugar a ordenar el regreso del demandante al régimen de prima media con prestación definida, y posteriormente, estudiará si es o no compatible la pensión de invalidez que percibe el demandante otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el bono pensional que pretende el demandante, le sea incluido dentro de la devolución de saldos reconocida por COLFONDOS S.A.

Sea lo primero indicar, que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de ninguna manera se encuentra legitimado para efectos de solicitar la invalidez de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con el consecuente regreso a Colpensiones, dado que esa facultad reside exclusivamente en cabeza del demandante, quien no solicitó nada al respecto en su libelo demandatorio, y mucho menos, lo puso en tela de juicio dentro de los fundamentos fácticos en los que fundó sus pretensiones, como para solicitar se declare la ineficacia o la nulidad del mencionado acto jurídico; de manera que, no incurrió en yerro alguno el *a quo* al no emitir pronunciamiento alguno, en relación con este asunto.

Aclarado lo anterior, se encuentra al margen de la discusión y se acreditaron los siguientes hechos:

i) El demandante nació el 19 de enero de 1956, por lo que a la fecha cuenta con 64 años de edad (f.º 24); **ii)** completó 505 semanas cotizadas al extinto I.S.S. por empleadores del sector privado y público entre el 6 de febrero de 1978 y el 31 de diciembre de 1999 (f.º 20); **iii)** se trasladó a Colfondos, con fecha de efectividad al 1.º de mayo de 2004 (f.º 13); **iv)** mediante Resoluciones n.º 10390 de 20130 y 0839 de 2014, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, lo retiró del servicio por invalidez a partir del 4 de octubre de 2013, y a partir de esa data le reconoció una pensión por invalidez en calidad de Docente Distrital Recursos Propios, al tenor de lo dispuesto las Leyes 91 de 1989, 238 de 1995, 962 de 2005, 1122 de 2007 y 1250 de 2008, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 2831 de 2005, y la Resolución n.º 1352 de 2010, pago que se encuentra a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Fiduprevisora S.A. (f.º 21-23); **v)** El 4 de noviembre de 2016 y el 30 de octubre de 2018, solicitó ante Colfondos el reconocimiento y pago de la devolución de saldos al tenor de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, con inclusión del bono pensional, manifestando su imposibilidad de continuar cotizando para la causación de su derecho pensional (f.º 8-11, 103); **vi)** la prestación fue concedida parcialmente¹, dado que Colfondos le giró la devolución de saldos y algunos aportes cotizados en Colpensiones denominados ‘devolución aportes–artículo 17 Decreto 3798’, pero le indicó el 2 de noviembre de 2018, que no era posible devolver lo atinente al bono pensional dado que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo reportó como *«beneficiario registrado con indicio pensión NO I.S.S. / Colpensiones incompatible con bono pensional»* (f.º 12, 13, 100-102, 108); **vii)** Esta situación fue confirmada por la mencionada O.B.P., en comunicación del 29 de noviembre siguiente, la que le indicó que no tiene derecho al reconocimiento y pago del bono pensional, ya que la fuente de financiación de este instrumento

¹ \$26.940.631 recibidos por el demandante el 28 de diciembre de 2016 y \$6.187.977 entregados el 30 de enero de 2019 (f.º 201).

público, así como de la 'pensión de jubilación' otorgada al demandante como Docente, por parte del Magisterio Fomag, es tiene naturaleza pública, por ser reconocidos con cargo a los recursos públicos de La Nación, de manera que se estaría reconociendo dos asignaciones del tesoro público, aunado a que el demandante no podía afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni recibir prestación alguna de ese régimen por exclusión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, o debió haber renunciado en forma voluntaria a pertenecer al régimen excluido del Magisterio (f.º 16-19).

Por imperativo mandato legal contenido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes forman parte del sector que la jurisprudencia y la doctrina ha considerado como regímenes exceptuados del sistema general social integral, implementado mediante dicha Ley 100.

A su vez, en cuanto a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, se dispuso en dicha normativa, que no solo el Sistema de Seguridad Social Integral no se les aplica, sino que las *«prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración»*; de tal manera, que los educadores cobijados por esas prerrogativas tienen consagradas en su favor claras disposiciones de compatibilidad con pensiones, salarios y cualquier otro ingreso; en lo atinente a ese régimen pensional especial y a la cobertura de las contingencias para la vejez, establecidas en sistema general de seguridad social, creado por la Ley 100 de 1993.

Además, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, compilado hoy en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, refirió con relación

a esta compatibilidad, que para el caso de los educadores quedó abierta la posibilidad de acumular cotizaciones, sin embargo, ello no implica que los docentes deban escoger obligatoriamente uno de los dos regímenes existentes en materia de pensiones; lo que se prevé allí, es la posibilidad de solicitar la acumulación de los aportes efectuados en uno de esos regímenes, con el fin de incrementar la prestación económica por vejez o disfrutar ambas prestaciones.

De manera reiterada, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, ha señalado que no existe una incompatibilidad para gozar simultáneamente de las dos prestaciones, originadas ellas, en el trabajo a diferentes empleadores, puesto que la financiación de una y otra pensión es diferente, precisándose que los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles (CSJ SL, 19 jun. 2008 rad. 28164, SL, 3 may. y 6 dic. 2011 rad. 40848 y 39810, y SL451-2013, rememorada en la SL2649-2020).

También se debe advertir, que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció que los docentes vinculados con posterioridad gozarán de las previsiones legales contenidas en la Ley 100 de 1993, lo cierto es, que para los docentes vinculados antes de aquella, aplican las disposiciones vigentes para el Magisterio Nacional, situación en la que se encuentra jurídicamente el demandante, pues según el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de invalidez ya reseñado, le fueron aplicados los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, por virtud de la Ley 91 de 1989, y su Decreto reglamentario 2831 de 2005, y además, se vinculó por primera vez al I.S.S., el 6 de febrero de 1978, razón por la que no hay lugar a declarar la incompatibilidad pensional entre las prestaciones, como equivocadamente parece entenderlo la Cartera Ministerial apelante, pues tenía la posibilidad real de financiar una pensión de

vejez, o en su defecto, una indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, en forma independiente a la pensión que ya disfruta en el sector público como docente.

En este punto, se advierte que aun cuando el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, prevé que una de las características del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones consiste en que *«los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública»*, no se puede perder de vista que, la última expresión fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-378-98 *«(...) en el entendido que la naturaleza pública que se reconoce al fondo común que se constituye con los aportes de los afiliados en el régimen de prima media con prestación definida, dado su carácter parafiscal, en ningún caso, debe ser entendida en el sentido que los dineros que de él hacen parte pertenecen a la Nación»*.

Sobre ese aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada y uniforme, ha explicado igualmente, que a pesar de que Colpensiones tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, contrario a lo que parece entender la apelante, ello no implica la propiedad del fondo económico con el que se financian las mismas, toda vez que los aportes que sirven para el efecto son realizados por empleadores y trabajadores, y dicho ente solo actúa como su administrador (CSJ SL2649-2020, SL1373-2019, SL4538-2018, SL451-2013, y CSJ SL, 18 sep. 2012 rad. 41158, entre muchas otras).

Ahora bien, en relación con el posible bono pensional que hubiere para redimir como lo indica el artículo 11 del Decreto 1299 de 1994, en concordancia los artículos 113, 115, 118 a 121 de la Ley

100 de 1993, se debe indicar que el bono pensional y la devolución de saldos no son excluyentes, y el bono pensional no está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, sino que en el R.A.I.S. hace parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debería serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse, dado que hace parte del capital del afiliado, acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998 (CSJ SL, 19 may. 2009 rad. 34810).

No queda duda, de que el demandante está dentro de un grupo exceptuado de aplicación de la Ley 100 de 1993, como se prevé en su artículo 279, por haber sido afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, y por ende, las prestaciones otorgadas por ese Fondo son compatibles con pensiones de cualquier clase de remuneración, porque al tener la condición especial de docente, podía ejercer su oficio en instituciones del sector privado paralelamente con la labor de educador en el sector público a establecimientos educativos oficiales, sin que ello sea un obstáculo para percibir su pensión de invalidez, que le fue reconocida en los términos ya indicados, en donde conjuntamente con la expectativa pensional en el R.A.I.S. administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., efectuó cotizaciones, ya que ambas prestaciones son compatibles debido a las condiciones que rigen cada una de ellas, máxime cuando se financian con recursos diferentes (CSJ SL, 3 may. y 6 dic. 2011 rads. 40848 y 39810, respectivamente, SL451-2013 y SL2649-2020, entre muchas otras).

De este modo, encuentra la Sala que en el presente caso era perfectamente posible emitir el bono pensional, pues las cotizaciones que se pretenden compensar a través del mismo, fueron hechas al

extinto I.S.S., por servicios prestados por el demandante con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad, que no sirvieron de base para el reconocimiento de la pensión de invalidez oficial, por lo que no existe incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la mencionada prestación por invalidez.

En consecuencia, se **CONFIRMA** la sentencia apelada y consultada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

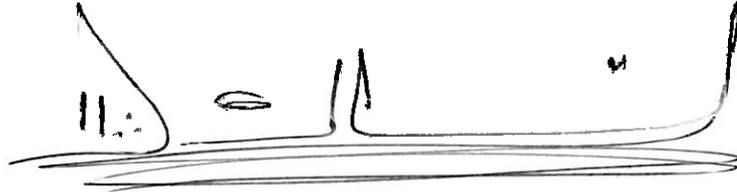
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 5 de febrero de 2020, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'A' followed by several smaller strokes.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a large, stylized initial 'M' and several loops.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLAUDIA MARCELA VELÁSQUEZ JIMÉNEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 031 2019 00323 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada a Porvenir S.A., el día 11 de diciembre de 1995, por existir un vicio del consentimiento, por omisión de información completa y veraz; en consecuencia, Colpensiones debe aceptar el traslado y recibir los aportes provenientes de Porvenir.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 26 de octubre de 1965; se afilió el 28 de noviembre de 1984, a Colpensiones y por medio de formulario efectuó su traslado de régimen pensional con destino a Porvenir S.A., afirma que al momento del traslado no se le suministró una información veraz y completa de los riesgos, y consecuencias futuras del traslado de régimen pensional.

Argumentó, que el día 27 de marzo de 2019, mediante apoderado judicial solicitó a Porvenir S.A. el traslado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, el cual fue negado por Porvenir; así mismo, el día 21 de marzo de 2019, solicitó a Colpensiones aceptar el traslado de régimen pensional proveniente de Porvenir el cual también negó dicho traslado, (fº. 2 y 3).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 21 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas por la demandante, ya que no se probó

causal alguna de que la afiliación a Porvenir S.A. es ineficaz o nula como se manifiesta, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, y por tanto no puede haber regreso automático de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe e innominada o genérica, (f.º 48-70).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas, ya que, en la medida de la afiliación de la parte demandante con Porvenir S.A., fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y excepción genérica, (f.º.158-179).

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de marzo de 2020, absolvió en la totalidad de las pretensiones

incoadas por la demandante a las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, condenó a la parte demandante en cuantía de medio salario mínimo mensual legal vigente por concepto de costas y agencias en derecho. (f.º 234).

Argumentó, que en lo dispuesto en literal B) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, que para tal efecto, debía manifestar por escrito selección al momento la vinculación o del traslado; que el empleador, sea cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho, en cualquier forma, se puede hacer acreedor a las sanciones de qué trata el inciso 1.º del artículo 171 la presente ley; recalcó lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia con radicado n.º 52704, del 21 de febrero del año 2018; señaló además, la forma como puede advertirse en estas hipótesis, las cuales se dan en un lugar preeminente a la realización de cotizaciones afiliación tácita, o al cese de la desafiliación tácita, como un claro reflejo en la intención del trabajador más allá de la existencia el acto formal de diligenciamiento, y la entrega del formulario de vinculación o reporte de retiro.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, apeló la sentencia, con el argumento de que conforme lo ha determinado la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, citó la sentencia SL 1452 del 3 de abril del 2019, donde se habla de una información necesaria y transparente para que ese traslado de régimen pueda estar acorde con la norma, y acordé también con lo establecido en el Decreto n.º 663 de 1993, artículo 97, numeral 1.º; sobre el deber de información necesaria y transparente, consideró que para este caso,

no se dio esa información, además de que la afiliación fue ineficaz porque no estuvo demostrada esa información, toda vez de que no se demostró con la prueba documental por parte de Porvenir S.A., quién tenía la carga de la prueba.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por

falta de información suficiente, por parte de las administradoras de pensiones demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 26 de octubre de 1965 (f.º 10); **ii)** se afilió el 28 de noviembre de 1984 a Colpensiones siendo su empleador Edificadora la Cande, (f.º 33 a 36, 131 a 134) **iii)** se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., el 11 de diciembre de 1995 (f.º 11, 32, 130, 180); y que actualmente se encuentra vinculada a Porvenir S.A., con un total de 1.137 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 23 a 26, 119 a 124.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la

gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones

mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 11, 32, 130, 180, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 11 de diciembre de 1995, con la se trasladó a HORIZONTE Pensiones y Cesantías, hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco, aquel

¹ CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Por todo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. HORIZONTE Pensiones y Cesantías, hoy PORVENIR S.A. el 11 de diciembre de 1995, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO REVOCAR la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del demandante efectuado que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. HORIZONTE Pensiones y Cesantías, hoy PORVENIR S.A., el 11 de diciembre de 1995, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en

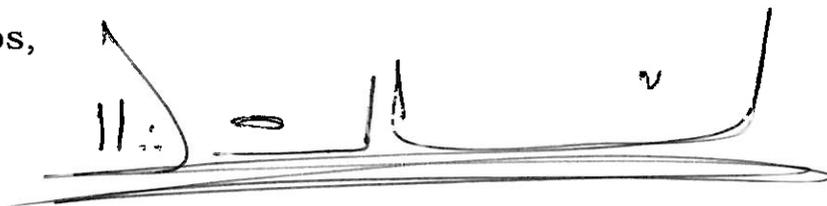
su cuenta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JULIA MERCEDES CUENCA URBINA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 031 2019 00466 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 14 de agosto de 2020, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada a Colfondos S.A., el día 16 de febrero de 2001, por existir un vicio del consentimiento, por omisión de información completa y veraz; en consecuencia, Colpensiones debe restablecer la afiliación, efectuar las acciones de cobro a Colfondos S.A. para obtener el capital acumulado en la cuenta individual incluyendo cotizaciones obligatorias, cotizaciones voluntarias, bonos pensionales y rendimientos financieros; así mismo, que se traslade el capital acumulado en la cuenta individual incluyéndose lo ya mencionado.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 17 de abril de 1962; se afilió el 5 de junio de 1997, a COLPENSIONES, y por medio de formulario efectuó su traslado de régimen pensional con destino a COLFONDOS S.A.; afirma, que al momento del traslado no se le informó de manera clara y por escrito, del derecho de retractarse del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como también, que no se le explicó detalladamente las consecuencias jurídicas del traslado; además de no suminístrale una información suficiente para tomar una decisión sobre el cambio de régimen.

Argumentó, que el día 30 de mayo de 2019, solicitó a COLFONDOS S.A. la ineficacia de su traslado teniendo una respuesta negativa el 18 de junio de 2019; así las cosas, mediante apoderado judicial presentó reclamación administrativa a Colpensiones con las mismas peticiones el 30 de mayo de 2019, la cual también fue negada por parte de esta entidad, el 6 de junio de 2019. (fº. 3-5)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas por la demandante, en razón a que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación a COLFONDOS S.A. es ineficaz como lo manifiesta ella, teniendo en cuenta que la misma, cumple con los presupuestos legales para su existencia que no infringe la norma, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, y por tanto no puede haber regreso automático de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe e innominada o genérica. (fº. 101-117)

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas, toda vez que si se brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (f.º.145-156)

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de agosto de 2020, absolvió en la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante a las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, condenó a la parte demandante en cuantía de medio salario mínimo mensual legal vigente por concepto de costas y agencias en derecho. (f.º 160).

Argumentó, que en lo dispuesto en literal B) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, que para tal efecto, debía manifestar por escrito selección al momento la vinculación o del traslado; que el empleador, sea cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho, en cualquier forma, se puede hacer acreedor a las sanciones de qué trata el inciso 1.º del artículo 171 la presente ley; recalcó lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral entre otras, en sentencia con radicado n.º 57402, del 21 de febrero del año 2018; señaló además, la forma como puede advertirse en

estas hipótesis, las cuales se dan en un lugar preeminente a la realización de cotizaciones afiliación tácita, o al cese de la desafiliación tácita, como un claro reflejo en la intención del trabajador más allá de la existencia el acto formal de diligenciamiento, y la entrega del formulario de vinculación o reporte de retiro.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, apeló con el argumento de que el artículo 164 del Código General del Proceso, señala que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y por su parte, dijo que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dice que el juez no estará sujeto a tarifa legal de pruebas, por lo tanto, formará libremente su convencimiento inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba.

En este orden de ideas, solicitó al juzgado que la sentencia no se debe basar en conjeturas y suposiciones por el hecho de que la demandante se afilió en el año 1997, al Instituto de Seguros Sociales, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y tenía que saber cómo funcionaba el sistema, lo cual no es cierto, toda vez que las usuarias se afilian Instituto de Seguro Social cuando no le ofrecen otra alternativa, y de acuerdo a lo que le dicen, consideró en su momento que era la mejor opción, y posteriormente, cuando le proponen una mejor, la cual no fue debidamente explicada, se traslada; pero ello no quiere decir que tuvo una información suficiente de un régimen de pensiones, el cual no conocía; que hubo otro al momento de trasladarse, y era obligación del administrador de la sociedad administradora o de la compañía colombiana de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A., informarle a la demandante

el valor de la eventual mesada pensional que recibiría, y las ventajas y desventajas de cada régimen al momento de realizar el proceso de promoción el traslado que es lo que exige la Corte Suprema de Justicia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, por parte de las administradoras demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 17 de abril de 1962 (f.º 11, 12, 17, 18); **ii)** se afilió el 1.º de junio de 1997, a COLPENSIONES, (f.º 71 a 76); **iii)** se trasladó a COLFONDOS S.A. el 16 de febrero de 2001, con fecha de efectividad desde 1.º de marzo de 2001 (f.º 19, 42, 60); y que actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A., con un total de 648 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 20 a 33, 43 a 56.

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.

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

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

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

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la

gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios f.º 19, 42, 60, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 16 de febrero de 2001, con fecha de efectividad desde 1.º de marzo de 2001, con la se trasladó a COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco, aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

¹ CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las

primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Por todo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 16 de febrero de 2001, con fecha de efectividad desde 1.º de marzo de 2001, por lo que esta última, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO REVOCAR la sentencia proferida el 14 de agosto de 2020, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del demandante efectuado que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 16 de febrero de 2001, con fecha de efectividad desde 1.º de marzo de 2001, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUIS ALBERTO ALDANA MENDOZA** contra **ECOPETROL S.A.**

EXP. 11001 31 05 035 2015 00799 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir en favor del demandante, el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida en audiencia celebrada el 17 de julio de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a la demandada a reliquidarle la mesada pensional, las prestaciones sociales legales y extralegales y las vacaciones, incluyendo como base salarial lo cancelado por concepto de viáticos permanentes; que, partiendo de la reliquidación, se ordene el pago del reajuste anual, el pago del retroactivo de las diferencias, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, junto con la indexación (f.º 308).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que laboró en ECOPETROL S.A. hasta el día 29 de diciembre de 2009, cuando fue pensionado; ocupó diversos cargos, entre ellos, el último como Jefe del Departamento de la Coordinación de Soporte de Información; que para el desempeño de sus funciones debía desplazarse frecuentemente a otras ciudades fuera de su sede habitual de trabajo; en el año 2007, viaticó 27 días; en 2018, 17 días; y en 2019, 97 días; que presentó reclamación administrativa, pero fue resuelta de manera negativa por la empresa, el 25 de febrero de 2013; que tanto en el reglamento de viaje de la empresa, como en la convención colectiva de trabajo, se establece la incidencia laboral de los viáticos.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 4 de febrero de 2014, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 314).

ECOPETROL S.A., presentó contestación en la que se opuso a lo pretendido, y en su defensa, propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación, prescripción y compensación (f.º 317-327).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia dictada el 17 de julio de 2020, declaró probada la excepción de cosa juzgada y condenó en costas al demandate, tras considerar que existe identidad de partes, causa y objeto entre el presente asunto, y la demanda radicada ante el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, con radicado n.º 2017-00084, la cual culminó con sentencia del 9 de agosto de 2018, mediante la que el Tribunal Superior de Bogotá accedió a las pretensiones. Estimó, que la parte demandante debió actuar con mayor diligencia en la formulación de sus pretensiones por cuanto lo que correspondía era retirar una de las dos demandas que había presentado, y por tal motivo, emitió condenó en costas.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si en este caso, se dan los presupuestos para declarar probada la figura de la cosa juzgada frente a lo decidido dentro del proceso ordinario laboral con radicado n.º 012-2017-00084, que cursó ante el Juzgado 12 Laboral de este Circuito Judicial.

A fin de resolver, se considera importante recordar que el artículo 303 del Código General del Proceso, establece que para que

se configure la cosa juzgada, el nuevo proceso debe versar sobre el mismo objeto y tener la misma causa, y además, debe existir identidad de partes; elementos que sea el caso advertir, no sólo deben ser estudiados desde la óptica de la demanda y su contestación, sino además a partir de los problemas jurídicos desarrollados en el curso del proceso y las decisiones judiciales que los resolvieron, pues es claro que, una vez en firme, las mismas adquieren el carácter de definitivas e inmutables, lo que confiere a las partes en contienda seguridad jurídica respecto de lo resuelto, dado que uno de los propósitos de la figura estudiada es justamente evitar que sobre los mismos hechos se dicten decisiones contrarias.

Se observa en este asunto, que la excepción de cosa juzgada se declaró probada de manera oficiosa, con base en la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Decisión Laboral de esta Colegiatura el 8 de agosto de 2018, que revocó la decisión del Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, declaró que los viáticos recibidos por el demandante, LUIS ALBERTO ALDANA MENDOZA, constituyen factor salarial y ordenó a Ecopetrol S.A. a reliquidar la pensión, y se declaró parcialmente probada la excepción de prescripción.

No existe duda alguna respecto de la identidad de partes, pues en ambos procesos, tanto en el que se siguió en el Juzgado 12 Laboral del Circuito de esta ciudad, como en el que se estudia, actuaron como demandante y demandada: LUIS ALBERTO ALDANA MENDOZA y ECOPETROL S.A., respectivamente, tal como se advierte del auto por el cual fue admitida la demanda en el presente asunto (f.º 314) y de la diligencia de notificación por aviso adelantada por el Juzgado 12 Laboral de este Circuito (f.º 778).

Ahora bien, frente a la identidad de objeto y de causa, debe decirse que las pretensiones son en esencia iguales, pues en ambos procesos se reclama la reliquidación, tanto de la primera mesada pensional, como de las prestaciones sociales y vacaciones, a fin de que se incluyan los dineros recibidos por el trabajador durante la relación laboral, a título de viáticos. En cuanto al sustento fáctico de las pretensiones, en ambos procesos, se refiere al vínculo laboral que unió a las partes hasta el 29 de diciembre de 2009, fecha en la que fue pensionado; y también se hizo referencia a los constantes viajes que debía realizar para cumplir con las funciones a su cargo durante los últimos años al servicio de la empresa demandada.

Según se desprende del acta de audiencia celebrada dentro del proceso n.º2017-00084, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (f.º 795), la primera instancia de ese proceso, denegó las pretensiones por considerar que los viáticos no revisten la característica de permanentes, por cuanto en el año tan solo lo fue por 34 días, decisión que el juez colegiado revocó por estimar que los viáticos devengados por el actor fueron permanentes, ya que no obedecieron a requerimientos extraordinarios o poco usuales, sin que para dicha habitualidad se tenga que aplicar un número determinado de días, o que se dispongan para realizar actividades propias o ajenas del cargo desempeñado.

En consecuencia, procedió a ordenar la reliquidación de la pensión, declarándose parcialmente probada la excepción de prescripción, incluyéndose en ella lo que respecta a la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, toda vez que el vínculo laboral terminó el 30 de diciembre de 2009, y la reclamación administrativa se presentó el 6 de junio de 2017.

De manera que, conforme a lo anterior, no se equivocó el juzgador de instancia en invocar el artículo 282 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para declarar probada de manera oficiosa la excepción de cosa juzgada, porque como quedó visto, las pretensiones incoadas por Luis Alberto Aldana Mendoza fueron resueltas en el proceso ordinario laboral con radicado n.º 012-2017-00084, independientemente del resultado favorable o desfavorable.

Bastan entonces, las razones expuestas para confirmar la sentencia consultada. Sin costas en la alzada.

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,

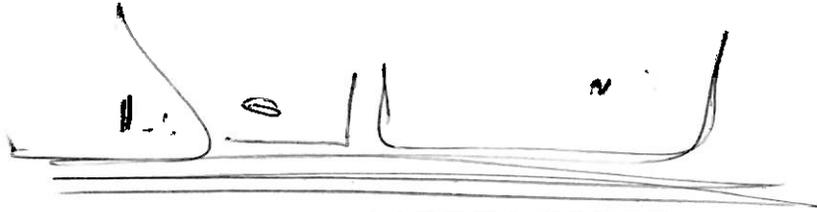
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. M. H. P.', written over a horizontal line.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. C. Á.', written over a horizontal line.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUIS FERNANDO LUNA MARULANDA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A.**

EXP. 11001 31 05 035 2019 00180 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE, contra la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa a la alzada, pretendió el demandante, que se declare la nulidad del traslado que realizó del R.P.M. al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A.; consecuentemente, se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el día 17 de febrero de 1960; se afilió al Sistema General de Pensiones desde el 28 de junio de 1984; que se trasladó al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A. el 1.º de junio del 2000, entidad que en ese momento le habló de las ventajas de dicha afiliación, e insistió en que COLPENSIONES se iba a acabar, que en éste régimen iba a poder pensionarse a una edad mucho menor y con una mejor pensión que en el R.P.M.; que el 1.º de junio de 2005, se afilió a OLD MUTUAL S.A., el 1.º de febrero de 2007 a PROTECCIÓN S.A. y finalmente, el 1.º de mayo de 2009, retornó a PORVENIR S.A., donde continúa afiliado en la actualidad.

Finalmente, indicó que el día 31 de octubre de 2018, solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su traslado, pero la entidad no accedió a tal pedimento (f.º 70 - 82).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La reforma a la demanda se admitió el 17 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 103).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que las afiliaciones efectuadas a los fondos privados demandados cuentan con validez, ya que se realizaron de manera libre, espontánea y voluntaria, además, no obra soporte alguno en el expediente que demuestre el vicio del consentimiento alegado.

Formuló como excepciones de fondo, las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica (f.º 121 -130).

OLD MUTUAL, hoy **SKANDIA S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas, toda vez que el demandante se encuentra válidamente afiliado al R.A.I.S. y no fue a través de ésta A.F.P. que se efectuó el traslado inicial del demandante, sino que en el año 2005, ya venía de estar afiliado a PORVENIR S.A., por ende, tenía un conocimiento previo del funcionamiento de éste régimen pensional, sus ventajas, características y demás componentes del R.A.I.S., por lo tanto, la asesoría, en el caso particular, se tomaba más como una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante. Además de ello, el demandante no allegó, si quiera prueba sumaria, de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación. Finalmente, indicó que con ocasión de la petición de traslado de A.F.P. elevada por el demandante, ésta ya efectuó el traslado de los recursos de la cuenta individual del demandado a PROTECCIÓN S.A.

Formuló como excepciones de fondo las de pago, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (f.º 146 - 158).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, y en especial, a que se declare la nulidad del traslado del demandante, toda vez que el mismo es un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues, se realizó en forma libre y espontánea, ya que tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen.

Formuló como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (f.º 182 - 190).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a las pretensiones, en la medida que el demandante se encuentra válidamente afiliado al R.A.I.S., por lo que no hay lugar a trasladar capital alguno, además, si en gracia de discusión se indicara la ineficacia o nulidad alegada, no habría lugar a la devolución de los gastos de administración, ya que la rentabilidad de la que se beneficia el demandante, surge del cumplimiento de un deber legal que le asiste a la administradora, por lo que en el evento de devolverse, se estaría en el escenario de un enriquecimiento sin causa por parte del accionante. Finalmente, indicó que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación.

Formuló 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 y buena fe (f.º 230 - 241).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 105)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de agosto de 2020, absolvió a las entidades demandadas de todas las pretensiones incoadas por el demandante y lo condenó en costas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación, para que la sentencia proferida por el a quo, sea revocada totalmente, pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las administradoras de pensiones tienen la obligación de velar por la correcta información para los afiliados, lo cual no se acreditó. Indicó, que no puede ser considerado un afiliado experto, por el solo hecho de ser economista y haber trabajado en la Superintendencia de valores, toda vez, que la misma no era la que tenía a su cargo la obligación de inspección y vigilancia de las entidades del sistema financiero, pues ésta función le correspondía a la Superintendencia Bancaria, a la cual no estaba vinculado, sumado a que, pese a que manifestó conocer el mercado de valores, indicó también no tener conocimiento del sistema pensional, más aún cuando la circunstancia que dio lugar a su traslado, fue la proyección de un mejor monto de pensión.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad por no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado, por parte de las entidades aquí demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 17 de febrero de 1960 (f.º 3); **ii)** se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 28 de junio de 1984, (expediente administrativo); **iii)** que el 25 de abril del 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de

afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 247) y que realizó varios traslados entre administradoras del R.A.I.S. a OLD MUTUAL S.A. (f.º 51 y 160), PROTECCIÓN S.A. (f.º 45 y 191), encontrándose afiliado actualmente a PORVENIR S.A. desde el 24 de marzo de 2006 (f.º 248).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que

proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 25 de abril de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (f.º 247), administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, pese a haber realizado varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

¹ CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

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

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 25 de abril de 2000, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 247), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

lugar, declarar la ineficacia del traslado del demandante efectuado de COLPENSIONES a PORVENIR S.A., el 25 de abril de 2000, por lo que ésta A.F.P. deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia se revocan, y en su lugar, quedan a cargo de la demandada A.F.P. PORVENIR S.A.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **HOLMAN JENARO CASTRO PEÑA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 036 2018 00059 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la ineficacia de su traslado del I.S.S. al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A., por lo que consecuentemente, se encuentra válidamente afiliado al R.P.M. administrado por COLPENSIONES; se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro individual, al igual que la totalidad de los dineros que hayan ingresado al R.A.I.S. por concepto de cotizaciones obligatorias y voluntarias, sin ninguna deducción, además de los rendimientos financieros del dinero aportado y los bonos pensionales a los que haya lugar.

Para el efecto, manifestó que nació el 2 de marzo de 1958; que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en marzo de 1985; que en el año 1999, se afilió a PORVENIR S.A., sin embargo, los asesores de ésta A.F.P. en ningún momento le suministraron la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta, en relación al traslado, por lo que incumplió con su deber de informar, y lo indujo a caer en error o engaño, lo que produjo su traslado al R.A.I.S.

Finalmente, señaló que reclamó administrativamente a las entidades demandadas, pero las peticiones fueron negadas (f.º 2 - 9 y 39 - 41).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de enero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 54).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Señaló que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que es claro, que el demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado al R.A.I.S., y con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones a este régimen pensional.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (f.º 70 - 79).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto no se configura ninguna causal que haya viciado el consentimiento del demandante al momento de suscribir el contrato de administración de pensiones con PORVENIR S.A., pues las dos afiliaciones se realizaron de manera libre, consciente y voluntaria, de acuerdo a los parámetros establecidos en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, tal vínculo contractual es válido.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas prescripción, falta de causa para pedir o inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el Artículo 48 de la

Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y la innominada o genérica (f.º 110 -129 y 145 - 149).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 108).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 11 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al R.A.I.S., acaecido el 1.º de agosto de 1999; y como consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra; declaró no probadas las excepción de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que a lo largo del proceso se logró probar que el traslado de régimen pensional del demandante se realizó conforme a lo establecido en la ley, que para tal efecto, él tomó una decisión libre, espontánea, sin presiones e informada, ya que recibió una asesoría de manera verbal, donde se le indicaron las características y condiciones propias del régimen al cual se estaba afiliando.

Respecto al deber de información de las A.F.P., indicó, que ahora no se le pueden imponer cargas que no existían para el momento de la asesoría, tales como brindar una información comparada,

desincentivar al afiliado o realizar proyecciones pensionales, pues esto atenta contra la seguridad jurídica.

Además, respecto de la devolución de los gastos de administración, arguyó que los mismos encuentran sustento jurídico en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante siempre ha estado cubierto en sus riesgos de invalidez y sobrevivencia, sumado a que, de conformidad con lo establecido en el Concepto 2019 152169-003 emitido por la Superintendencia Financiera, en casos como este, en los que se ordene la ineficacia del traslado, lo procedente es que se respeten las restituciones mutuas, razón por la cual, tal devolución no es procedente.

La demandada **COLPENSIONES**, a su vez, solicitó que se revoque la sentencia proferida por el a quo en su totalidad, toda vez que de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la CSJ SL 1452 de 2019, cada caso debe ser estudiado de forma particular, ya que el aquí demandante no tenía ninguna expectativa legítima de pensionarse, por lo que este caso no es análogo a los estudiados por ésta corporación en las sentencias traídas a colación por el a quo.

Manifestó que el traslado realizado por el demandante al R.A.I.S. es perfectamente válido, sumado a que, el mismo no acreditó los vicios del consentimiento alegados y, que por el nivel académico y profesional del demandante, debía tener cierta facilidad para conocer sus deberes como consumidor financiero y las consecuencias del negocio jurídico que estaba realizando, por lo que no puede ser considerado lego en esta materia.

Finalmente, señaló que las decisiones como estas afectan gravemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema, ya

que esta entidad tendrá que reconocer futuras pensiones, y por lo tanto, sí es dable aplicar la prohibición contenida en el Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por

falta de información suficiente, por parte de las entidades aquí demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 2 de marzo de 1958 (f.º 10); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 18 de marzo de 1985 (f.º 11); **iii)** que el 1-º de junio de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 81), y el 31 de enero de 2005, se afilió a PORVENIR S.A. (f.º 82), donde actualmente se encuentra vinculado.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de

la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 81, se avizora el formulario que el demandante suscribió el 1.º de junio de 1999, con la A.F.P. HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

¹ CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 1.º de junio de 1999, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

RESUELVE:

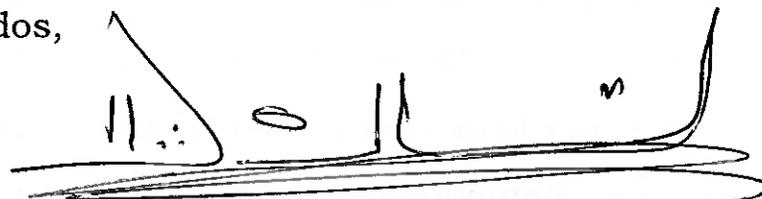
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2020, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

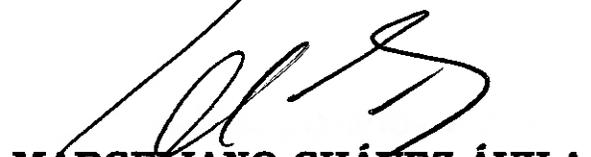
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **DIEGO ROBERTO GUERRERO OREJUELA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A.**

EXP. 11001 31 05 037 2018 00715 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuestos por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2020, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

En lo que interesa a la alzada, pretendió el demandante que se declare la nulidad del traslado efectuado al R.A.I.S., administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., así como sus posteriores afiliaciones a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A., toda vez que, en la etapa precontractual, no se le brindó una información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones, y en especial, de su situación personal; y en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tenerlo entre sus afiliados en el R.P.M.P.D., como si nunca se hubiese trasladado.

Sustentó sus pretensiones, en que se trasladó a PORVENIR S.A. el 1.º de abril de 1998, sin embargo, en dicho traslado el asesor comercial no le brindó una información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el R.P.M., como en el R.A.I.S., y en especial, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que únicamente se le ilustró sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional; que posteriormente realizó varios traslados horizontales entre administradoras, entre ellas, a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., y OLD MUTUAL S.A..

Finalmente, indicó que el día 9 de agosto de 2018, solicitó a COLPENSIONES la declaratoria de nulidad de los traslados efectuados a las anteriores A.F.P., sin embargo, esta entidad no ha dado respuesta a la solicitud (f.º 2-11).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 106 - 107).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, toda vez que el mismo se encuentra válidamente afiliado a la A.F.P. OLD MUTUAL S.A. y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada PORVENIR S.A., por lo cual, no procede la declaratoria de nulidad, puesto que al ser taxativas las causales, es potísimo probarlas en el proceso, sumado a que, a lo largo del tiempo, el demandante ratificó su voluntad de trasladarse de régimen.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (f.º 109-120).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a las pretensiones, en la medida que el demandante efectuó traslado de régimen con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993; sumado a que, se debe tener en cuenta que para que se efectúe el pedimento del actor, se requiere demostrar que efectivamente la A.F.P. omitió su deber de información para conseguir la vinculación del interesado, empero, en el presente caso no se da dicho presupuesto en la medida que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del R.A.I.S., y además, no se acredita dentro del plenario prueba sumaria que conduzca a lo deprecado por la parte actora.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica (f.º 129 - 135).

OLD MUTUAL S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que las afiliaciones realizadas por el demandante a ésta A.F.P. se realizaron dentro del marco legal vigente para la fecha de la afiliación y conforme a los postulados de la buena fe. Sumado a que, de acuerdo con la ley, la selección de un régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, al seleccionar el R.A.I.S. aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, más aún, cuando el traslado a ésta A.F.P. provino de PORVENIR S.A. y no de una entidad del R.P.M.

Señaló como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (f.º 178 - 190).

COLFONDOS S.A., se opuso a que se declare la nulidad de traslado del demandante, como quiera que la afiliación a ésta A.F.P. es válida, por haberse efectuado con el cumplimiento de todos los requisitos legales y puesto que no existe vicio del consentimiento alguno por error, fuerza o dolo en la afiliación del demandante, debiéndose demostrar judicialmente su nulidad o ineficacia.

Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica (f.º 230-237).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, ya que el demandante, de manera libre y voluntaria, suscribió la solicitud de vinculación a través de la A.F.P. SANTANDER, absorbida por ING, hoy PROTECCIÓN S.A., en la cual no obra constancia de situación anómala o de constreñimiento, ni se advierte algún error, fuerza o dolo que vicie el consentimiento del actor. Adicionalmente, los asesores de las A.F.P.'s absorbidas por PROTECCIÓN S.A. fueron diligentes al brindar la información verbal al accionante, respecto a las diferencias entre el R.P.M. y el R.A.I.S. en lo que concierne a la modalidad pensional, el cambio de la mesada pensional, y demás aspectos relevantes, para que el actor estuviera bien informado para adoptar su decisión de suscribir el formulario de afiliación.

Propuso las excepciones de mérito, las que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la A.F.P., falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., ejercicio oportuno al derecho de retracto en el año 2001, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, buena fe por parte de la demandada A.F.P. PROTECCIÓN S.A., compensación y la excepción genérica del artículo 282 del C.G.P. (f.º 310-315).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 125)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 23 de julio de 2020, negó las pretensiones invocadas por el demandante, y en consecuencia, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra; adicionalmente, condenó en costas a la parte demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su totalidad la sentencia proferida por el a quo, y se acceda a declarar la ineficacia de su afiliación efectuada al R.A.I.S. Adujo que si bien se demostró en el proceso que su traslado de régimen había sido con COLFONDOS S.A., y no con PORVENIR S.A., como inicialmente se había señalado, lo cierto es que no se logró acreditar que ninguna de las A.F.P. demandadas, especialmente COLFONDOS S.A., le hubiesen brindado una información veraz y suficiente respecto de las características de cada uno de los regímenes pensionales, sumado a que, como bien lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, los traslados horizontales entre fondos de pensiones no subsanan las deficiencias de la primera afiliación.

Señaló, que son las demandadas quienes tienen la carga de probar cuál fue la información que se le brindó al afiliado, y ninguna de las A.F.P. vinculadas lo demostró, pues la firma del formulario de afiliación no acredita un consentimiento informado; sumado a que, la Corte ha explicado que la ineficacia ha de decretarse cuando la insuficiencia en la información por parte de las A.F.P. genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

Antes de entrar a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, es menester emitir pronunciamiento frente al memorial allegado por dicho apoderado, el día 1.º de marzo de la presente anualidad, mediante el cual, solicita el desistimiento del presente proceso, al alegar que el aquí demandante ha fallecido; sin embargo, al respecto, se debe decir, que el apoderado no adjunta prueba idónea que sustente tal afirmación, toda vez que para acreditar dicho suceso, debió haber anexado

certificado de defunción del aquí demandante, razón por la cual, se negará por improcedente tal pedimento.

Ahora bien, de conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad por no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado, por parte de las entidades aquí demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 11 de noviembre de 1955 (f.º 13); **ii)** se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 18 de abril de 1980, donde cotizó un total de 162,71 semanas (f.º 40); **iii)** que a 1.º de abril de 1994, tenía un total de 334,31 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 30 y 40); **iv)** y que el 5 de octubre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 241), y que realizó varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., encontrándose afiliado actualmente a OLD MUTUAL S.A. (f.º 25).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión

que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal

afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó

a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 5 de octubre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. (f.º 241), y realizó varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., encontrándose afiliado actualmente a OLD MUTUAL S.A. (f.º 25) conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

¹ CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

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

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

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada OLD MUTUAL S.A. devolver rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 5 de

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

octubre de 1994, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 241), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., y la realizada 16 de mayo de 2013, cuando se trasladó a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A., donde actualmente continúa afiliado, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR por improcedente, la solicitud presentada por el apoderado del demandante, el 1.º de marzo de 2021, de acuerdo a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de julio de 2020, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del demandante efectuado de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 5 de octubre de 1994, por lo que OLD MUTUAL S.A. deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la

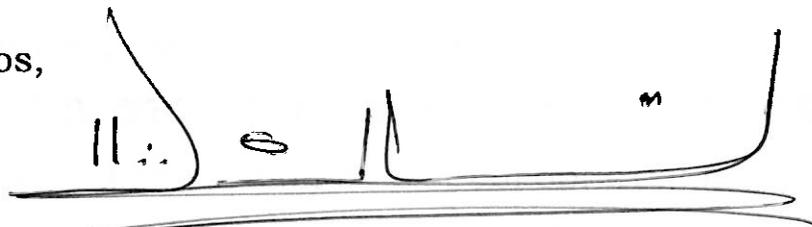
demandante en su cuenta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia se revocan, y en su lugar, quedan a cargo de la demandada **A.F.P. COLFONDOS S.A.**

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SERGIO HERNÁN JIMÉNEZ REYES** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-U.G.P.P.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 037 2019 00179 01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada UGPP y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-U.G.P.P., compartida con la pensión de vejez reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, desde la fecha de exigibilidad del derecho, esto es, el 1.º de julio de 2011; en consecuencia, se condene a la UGPP demandada a liquidar la primera mesada pensional indexando el último salario devengado, y pagar las diferencias adeudadas por la compartibilidad, debidamente indexadas, a razón de 14 mesadas por año (f.º 2, 3).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 1.º de julio de 1956, por lo que cumplió 55 años de edad en el año 2011; que laboró como trabajador oficial al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A. -en liquidación entre el 12 de diciembre de 1976 y el 27 de junio de 1999, en el cargo de Director III Grado 09 de la Gerencia Regional Antioquia, Santo Domingo y un sueldo de \$1.324.725,96 en el último año de servicios; solicitó reconocimiento de la pensión de jubilación convencional de conformidad con el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para el período 1998-1999, la cual fue negada mediante Resolución n.º 2100 del 5 de agosto de 2011, expedida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y la Resolución n.º RDP 031166 del 15 de octubre de 2019, expedida por la U.G.P.P.; sin embargo, solicitó la pensión de Vejez ante Colpensiones, quien mediante Resolución n.º GNR 330954 del 23 de septiembre de 2014, reconoció su pago a partir del 1.º de julio de 2011, en la suma inicial de \$1.125.590 (f.º 3-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 3 de abril de 2019, ordenándose la vinculación de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, y la notificación y traslado a la demandada y vinculada (f.º 74).

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-U.G.P.P., contestó con oposición, argumentando que los acuerdos que establecieron beneficios pensionales estuvieron vigentes hasta el 31 de julio de 2010, fecha para la cual el actor no contaba con los requisitos de pensión, y propuso como excepciones de mérito las denominadas: a partir del Acto Legislativo 01 de 2005, las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ausencia de fundamentos jurídicos, prescripción y buena fe (f.º 91-100).

COLPENSIONES, manifestó que no se opone, ni se allana a las pretensiones, por cuanto no se dirigen en su contra, y propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 103-111).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 76, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de febrero de 2020, condenó a la U.G.P.P. al reconocimiento y

pago de pensión de jubilación convencional contemplada en el artículo 41 de la Convención Colectivo de Trabajo vigente para el período 1998-1999, a partir del 1.º de julio de 2011, en cuantía inicial de \$2.003.593, por lo que como diferencia se arroja el monto mensual de \$1.240.958 para el año 2020; declaró la compartibilidad de dicha prestación con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones; condenó a la U.G.P.P. a pagar el mayor valor que se genere entre ambas; a reconocer y pagar \$60.964.111,08 por concepto de las diferencias entre las pensiones causadas entre el 4 de marzo de 2016 y febrero de 2020, a razón de 14 mesadas anuales, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, más las costas; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas ocasionadas con anterioridad al 4 de marzo de 2016; autorizó el descuento correspondiente a los aportes a salud; y absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas.

Señaló, que de conformidad con la jurisprudencia, los requisitos de causación del derecho pensional se circunscriben al tiempo de servicios y la edad solo tiene incidencia en el tiempo de goce de las mesadas pensionales, así que como de acuerdo con la prueba documental allegada, el demandante superó los 20 años de servicios exigidos, cumplió con las exigencias para acceder a la prestación convencional, la cual se causó el 27 de junio de 1999, sin que su cargo se encuentre dentro de la regla de exclusión del derecho pensional.

Sostuvo, además, que los Acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990 expedidos por el Instituto de Seguros Sociales, establecieron el carácter compatible de la pensión extralegal con la pensión legal que se llegare a reconocer, y la Convención Colectiva de Trabajo no estableció la alegada incompatibilidad. Finalmente, se estudió la prescripción, con base en la presentación de la demanda acaecida el

4 de marzo de 2019, porque no fue interpuesta en tiempo, luego de haber reclamado por primera vez el derecho.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **U.G.P.P.**, argumentó que el actor no cumple los requisitos de la convención colectiva, pues, para el 31 de julio de 2010, no contaba con la exigencia de edad para pensión, pues se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005. Adicionalmente, sostuvo que existe una incompatibilidad de pensiones dada por el reconocimiento pensional efectuado por parte de Colpensiones mediante Resolución n.º 116680 de 2015.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará determinar si al demandante le asiste derecho o no, a que se le reconozca y pague la pensión de jubilación convencional, a pesar de cumplir con la edad prevista en la Convención Colectiva de Trabajo, con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; y de ser así, si dicha prestación es compatible o no, con la pensión legal de vejez reconocida por Colpensiones.

En este asunto, encuentra probado la Sala que el demandante nació el 1.º de julio de 1956, por lo que cumplió los 55 años el mismo día y mes de 2011 (f.º 20), que laboró al servicio de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, 23 años y 15 días en forma interrumpida, del 13 de diciembre de 1976 al 30 de julio de 1977, y del 1.º de agosto de 1977 al 27 de diciembre de 1999 (f.º 23-24).

Se verifica también, la condición de beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo de 1998-1999, copia de la cual fue incorporada al expediente con el respectivo sello de depósito, pues el artículo 4.º de la Convención que excluye de manera taxativa los cargos a los que no se aplicarían sus disposiciones, no menciona el de Director III Grado 09, último cargo ocupado por el demandante, de donde se deriva que las prerrogativas allí contenidas le eran aplicables (f.º 41-72).

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el párrafo transitorio 3.º del artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, los beneficios pensionales convencionales no podrían extenderse con posterioridad al 31 de julio de 2010, toda vez que la norma estableció que las reglas de carácter pensional contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían en vigor por el término inicialmente estipulado, sin ser procedente establecer condiciones más favorables a las que existen en la ley, entre la entrada en vigor de dicho acto legislativo y el 31 de julio de 2010, las cuales, de cualquier modo, perderían vigencia a partir de esa fecha; sin embargo, se dispuso en dicha normativa que *“En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”*.

La pensión jubilación reclamada, fue pactada en el acuerdo colectivo vigente de 1998 a 1999, entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero *“SINTRACREDITARIO”*, en su artículo 41, el cual dice como se lee a continuación:

«A partir del dieciséis de enero de 1992 los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% de promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.»

(...) PARÁGRAFO 1º. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicio a la Institución” (f.º 51-52).

En asuntos en los que se analizaron los beneficios pensionales contenidos en la misma cláusula convencional de la que pretende derivar el actor el derecho que reclama, la Corte Suprema de Justicia, concluyó que, *“la vigencia de la relaciones contractuales de trabajo como objeto de la aplicación directa de las normas convencionales explica con facilidad que la edad pensional por ella prevista sea un requisito de estructuración de la prestación”, pero que “No ocurre lo mismo (...) cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute” (CSJ SL526-2018, reiterada en las sentencias CSJ SL4550-2018, SL3280 y SL5030 de 2019).*

Así mismo, lo entiende esta Sala, y por tanto, no es posible acoger el argumento esgrimido por la entidad recurrente en torno a que para el 31 de julio de 2010, el actor no contaba con las exigencias para acceder a la pensión convencional, pues en los términos expuestos, el parágrafo 1.º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, que se aplica a ex trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, tendría como único requisito de estructuración de la prestación de jubilación, el haber completado como mínimo 20 años de servicio, condición que cumplió con creces el demandante, toda vez para la fecha de retiro, esto es, el 27 de junio de 1999, acreditó haber laborado por 23 años y 15 días en forma interrumpida.

Así las cosas, es claro que al demandante le asiste derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación, causada con

el retiro del servicio, dado que el cumplimiento de la edad prevista en el párrafo 1.º de la aludida cláusula convencional, es un requisito de exigibilidad y no de causación, y por lo tanto, al ser un derecho adquirido antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no se vio afectado por las previsiones del párrafo transitorio 3.º del artículo 1.º de esa regulación.

Para el disfrute de la prestación procede con el cumplimiento de los 55 años, esto es, desde el 1.º de julio de 2011, la cual se calculará teniendo como factor fijo el último sueldo básico mensual, junto con la prima de antigüedad, y como factor variable la doceava parte del salario en especie, los gastos de representación, las primas semestrales de junio y diciembre, la prima escolar y la de vacaciones, y los viáticos, lo que arroja, de acuerdo con la certificación obrante a folio 23 y 24, la suma de \$1.322.828, que indexada, de acuerdo con la fórmula señalada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia CSJ SL, 06 dic. 2007 rad. 32020, reiterada entre otras, en la sentencia CSJ SL4648-2017, arroja la suma de \$2.667.629.97, que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75% da una mesada inicial de \$2.000.722.48, valor al que se modificará la condena, al ser menor al fijado en la sentencia apelada y consultada, el cual deberá ser ajustado anualmente al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Se precisa que, por haberse causado el derecho pensional con el retiro de la demandante, es decir, en el año 1999, la prestación debe pagarse en 14 mesadas al año, al no estar afectado el derecho con el Acto Legislativo n.º 01 de 2005 (CSJ SL11584-2015, CSJ SL7980-2015 y rad. 54265 de 2013).

Ahora bien, en cuanto a los cuestionamientos respecto de la compatibilidad entre la pensión restringida de jubilación y la pensión

de vejez reconocida por Colpensiones, asiste razón al *a quo* al señalar que tanto los Acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990, como la Convención Colectiva de Trabajo autorizan la compartibilidad de la pensión, por lo que, una vez establecida la causación de la pensión convencional, no hay duda de su compatibilidad con la pensión legal de vejez reconocida al demandante por Colpensiones, a partir del 1.º de julio de 2011, en cuantía inicial de \$1.125.590, estudiada con base en la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mediante Resolución n.º GNR330954 de 2014 (f.º 38-40), aunado a que no es viable tener ambas prestaciones como doble asignación del erario (CSJ SL4555-2020).

Finalmente, el término prescriptivo debe contabilizarse desde el 4 de marzo de 2016, por haber sido presentada la demanda el 4 de marzo de 2019, en razón a las disposiciones del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y toda vez que la última petición presentada por el demandante fue resuelta el 15 de octubre de 2014, y transcurridos los tres años de trata la norma mencionada, no instauró demanda.

En consecuencia, a partir de la data en mención, se adeuda al demandante por concepto de retroactivo pensional causado hasta el 28 de febrero de 2021, la suma de \$80.699.982.23, monto al que asciende la condena, sin perjuicio de las demás diferencias que se sigan causando, con la autorización para la U.G.P.P., de descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud y la cotización está en su totalidad a cargo de éstos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993.

En los términos anteriores, queda estudiado el recurso de apelación, y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada. 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:

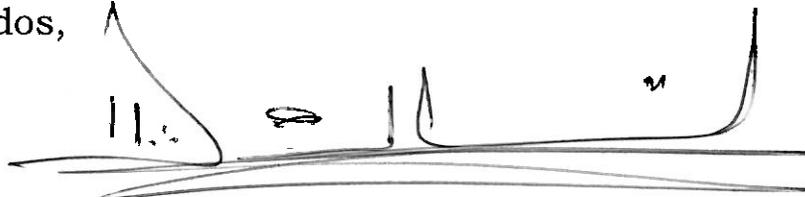
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de febrero de 2020, en el sentido de condenar a la U.G.P.P., a reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación convencional con carácter compartido, a partir del 1.º de julio de 2011, en cuantía inicial de \$2.000.722, debiendo pagar únicamente el mayor valor entre esta prestación y la pensión legal de vejez que Colpensiones reconoció, por tanto, como diferencias exigibles desde el 4 de marzo de 2016, la U.G.P.P. debe pagar al demandante como retroactivo la suma de \$80.699.982,23 calculado hasta el 28 de febrero de 2021, sin perjuicio de las demás diferencias que se sigan causando mes a mes, las cuales deberán ser reajustadas anualmente, de acuerdo con la liquidación que hace parte integral de esta providencia, y con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large initial 'A' followed by a series of connected loops and a horizontal line at the end.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a stylized 'M' and 'C' followed by a horizontal line.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

Expediente n.º 11001 31 05 037 2019 00179 01
Demandante: **SERGIO HERNÁN JIMÉNEZ REYES**
Demandado: **UGPP y COLPENSIONES**

		Porcentaje
Sueldo básico	\$704.344	\$704.344
Prima de antigüedad	\$240.191	\$240.191
Salario en especie	\$145.304	\$12.109
Gastos de representación	\$2.100	\$175
Primas semestrales (jun, dic)	\$3.011.978	\$250.998
Prima escolar	\$473.318	\$39.443
Prima de vacaciones	\$859.012	\$71.584
Viáticos	\$47.800	\$3.983

Salario promedio	IPC inicial	IPC final	Factor	Salario indexado
\$1.322.828	52,18481	105,23651	2,01661	\$2.667.629,97
			Tasa	75,00%
			Pensión año 2011	\$2.000.722,48

Mesada pensional Colpensiones	Año	Incremento art. 14 L. 100/93	Mesada pensional UGPP	Diferencia mensual a cargo UGPP	No. MESADAS	Total anual
\$1.125.590	2011	3,17%	\$2.000.722	\$875.132	Prescrito	
\$1.167.575	2012	3,73%	\$2.075.349	\$907.775		
\$1.196.063	2013	2,44%	\$2.125.988	\$929.925		
\$1.219.267	2014	1,94%	\$2.167.232	\$947.965		
\$1.263.892	2015	3,66%	\$2.246.553	\$982.661		
\$1.349.458	2016	6,77%	\$2.398.644	\$1.049.187	11,9	\$12.485.323
\$1.427.051	2017	5,75%	\$2.536.566	\$1.109.515	14	\$15.533.211
\$1.485.418	2018	4,09%	\$2.640.312	\$1.154.894	14	\$16.168.519
\$1.532.654	2019	3,18%	\$2.724.274	\$1.191.620	14	\$16.682.678
\$1.590.895	2020	3,80%	\$2.827.796	\$1.236.901	14	\$17.316.620
\$1.616.508	2021	1,61%	\$2.873.324	\$1.256.816	2	\$2.513.631
Total retroactivo						\$ 80.699.982,23

//Nmc..**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FRANCOIS JEAN SELIM KHOURY** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 037 2019 00219 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida el 30 de julio de 2020, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa a la alzada, pretendió el demandante que se declare la nulidad del traslado y afiliación al R.A.I.S. administrado por PROTECCIÓN S.A., por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las implicaciones negativas que aquel le reportaría, en consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, junto con sus rendimientos.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 1.º de agosto de 1956; el 24 de enero de 1995, se afilió al R.P.M. administrado por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; el 1.º de junio de 1999, se trasladó al R.A.I.S. administrado por ING, hoy PROTECCIÓN S.A., quien no le brindó la información adecuada y completa acerca del R.A.I.S., ni sobre sus desventajas y las diferencias existentes entre los regímenes pensionales; posteriormente, realizó traslados horizontales, encontrándose afiliado a COLFONDOS S.A. desde el 29 de agosto de 2018.

Reclamó administrativamente a COLPENSIONES el 23 de noviembre de 2018, pero las peticiones fueron negadas (f.º 1-15).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 16 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 82-83).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se allega prueba que establezca la existencia de vicios del

consentimiento, como causales de nulidad taxativamente señaladas por la ley; lo anterior sumado a que, las A.F.P. no incurrieron en omisión al deber de información, por lo que no le asiste razón al demandante para invocar la nulidad de sus decisiones libres y espontáneas, que produjeron el cambio de régimen pensional, por carecer de fundamento fáctico y jurídico.

Propuso como excepciones, las denominadas error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (f.º 88 - 96).

COLFONDOS S.A., se opuso a las pretensiones tras manifestar que la afiliación del demandante al R.A.I.S. es válida y cumplió con el lleno de los requisitos legales, sumado a que, ésta A.F.P. sí le brindó una reasesoría integral y completa, respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen de pensiones, en la que se recordó las características y diferencias de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el R.A.I.S..

Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos, y obligación a cargo exclusivamente de un tercero (f.º 134 -150).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, y en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante, alegando que el mismo es un acto existente, válido y

exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se evidencia con la firma del formulario de afiliación. Arguyó, que el demandante no puede basar sus pretensiones en expectativas económicas respecto del valor de su mesada por vejez, ya que un acto es nulo por vicios en el consentimiento y no por la favorabilidad económica de un acto jurídico.

Propuso las excepciones de mérito, de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficiencia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (f.º 169 - 178).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a las pretensiones, toda vez que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante no se materializó en contra de una prohibición legal, sino al contrario, en el mismo se dio cumplimiento a todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico, razón por la cual, se encuentra válidamente afiliado al R.A.I.S., pues dicha afiliación obedeció a una decisión libre y voluntaria.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica (f.º 200 - 2007).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 102).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de julio de 2020, declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó el demandante del R.P.M. al R.A.I.S., administrado por COLMENA AIG, hoy PROTECCIÓN S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 8 de marzo de 1999, y consecuentemente, estableció que la afiliación válida del demandante es la correspondiente al R.P.M. administrado por COLPENSIONES. Así mismo, condenó a COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales si se causaron, y los rendimientos financieros. Por último, absolvió a las demandadas PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida, toda vez que la decisión tomada por el juez de primera instancia afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema, ya que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado.

Indicó, que el demandante ratificó su voluntad de pertenecer al R.A.I.S. con las posteriores afiliaciones horizontales y los aportes voluntarios que efectuó, sumado a que, de su dicho se puede extraer que conocía y entendía el funcionamiento del sistema pensional colombiano, y entendía las diferencias que tenía con el de su país de origen.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad por no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado, por parte de las entidades aquí demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 1.º de agosto de 1956 (f.º 16); **ii)** se afilió al

extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 24 de enero de 1995 (f.º 163); **iii)** que el 8 de marzo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA AIG, hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 183), y que realizó varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., encontrándose afiliado actualmente a COLFONDOS S.A. (f.º 33 y 164).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso

7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, que el 8 de marzo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA AIG., hoy PROTECCIÓN S.A. (f.º 183), y el 29 de agosto de 2014, se trasladó a COLFONDOS S.A., donde actualmente continúa afiliado, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 33 y 164), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

¹ CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver rendimientos, bonos pensionales y demás sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del

demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 8 de marzo de 1999, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA AIG, hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 183), así como las posteriores afiliaciones a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., donde actualmente continúa afiliado, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

RESUELVE:

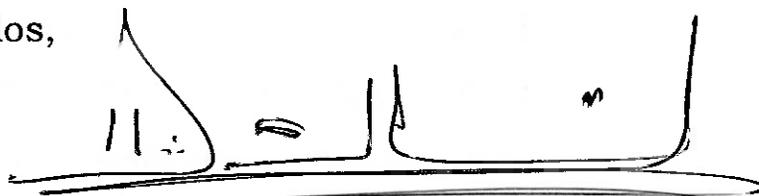
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de julio de 2020, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

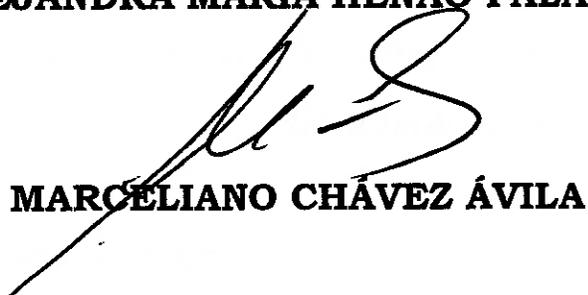
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JUANITA FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 038 2017 00027 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., por no haberle proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a dicha A.F.P., incumpliendo con su deber de buen consejo; como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados a dicho fondo; y a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada, sin solución de continuidad, desde el 18 de septiembre de 1984.

Para el efecto, manifestó que se afilió al I.S.S., hoy COLPENSIONES el día 18 de septiembre de 1984, donde cotizó un total de 560,29 semanas; que el 26 de abril de 2004, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo PORVENIR S.A., donde continúa actualmente afiliada; que en la asesoría efectuada por ésta A.F.P. le indicaron que, de permanecer en el R.P.M.P.D. no se iba a poder pensionar porque el I.S.S. se iba a acabar y que en el fondo privado podría pensionarse a cualquier edad, sin embargo, no le indicó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, ni las desventajas de trasladarse al R.A.I.S., y que no le indicaron que podría devolverse al R.P.M. hasta antes del cumplimiento de sus 47 años.

Señaló, que reclamó administrativamente a PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES, el 29 de noviembre de 2016, solicitando la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada por dichas entidades (f.º 1-16).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 8 de febrero de 2017, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 61).

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda, e indicó que el traslado de régimen pensional de la demandante no se efectuó mediante ésta A.F.P., sino que se dio a través de ING, hoy PROTECCIÓN S.A., sin embargo, la posterior afiliación a PORVENIR S.A. no se hizo en contra de ninguna prohibición legal, al contrario, el mismo se dio de manera libre y voluntaria, cumpliendo todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, y la innominada o genérica (f.º 61 - 71).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a PORVENIR S.A., sumado a que no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a ésta A.F.P., razón por la que no procede la declaratoria de ineficacia, ya que al ser taxativas las causales de nulidad, es potísimo probarlas en el proceso.

Propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (f.º 90 - 96).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 88).

Adicionalmente, mediante auto del 4 de marzo de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la vinculada **PROTECCIÓN S.A.**, toda vez que el escrito de contestación presentado, no fue suscrito por persona alguna que se encontrase facultada por esta A.F.P.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de marzo de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas por la demandante, y en consecuencia, condenó en costas a la parte vencida.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que de conformidad con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, el análisis del caso no debe centrarse en determinar si existieron o no vicios del consentimiento, tales como, error, fuerza o dolo, toda vez que, las A.F.P. desde su nacimiento han tenido la obligación de cumplir con el deber de información y de buen consejo para con sus afiliados, razón por la cual, son éstas quienes tienen la carga de probar si realmente se llevó a cabo una asesoría integral, lo cual no se dio en este proceso.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio

que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, por parte de las entidades aquí demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 15 de mayo de 1963 (f.º 20); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 18 de septiembre de 1984 (f.º 28-30); **iii)** que al 1.º de abril de 1994, tenía 272.6 semanas cotizadas al R.P.M.; **iv)** y que el 26 de abril de 2004, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por ING, hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al historial de vinculaciones de ASOFONDOS allegado al proceso (f.º 73 vto., 178-

183), y finalmente, el 12 de marzo de 2009 se afilió a la A.F.P. PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra vinculada (f.º 72).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo

reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y,

además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 72, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 12 de marzo de 2009, con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información

oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas*

¹ CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

(vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

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

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. ING, hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de abril de 2004, y su posterior afiliación a PORVENIR S.A., por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de marzo de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de la demandante efectuado de COLPENSIONES a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 26 de abril de 2004, por lo que PORVENIR S.A. deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia se revocan, y en su lugar, quedan a cargo de la demandada A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'A' followed by a horizontal line.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a large, stylized initial 'M' and a long horizontal stroke.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **EDGAR ARTURO RAMIREZ BARRETO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES S.A.** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 039 2019 00291 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE contra la sentencia proferida el 9 de julio de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa a la alzada, pretendió el demandante que se declare la nulidad del traslado efectuado al R.A.I.S. administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., y en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, y a éste a recibir, los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos generados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 1.º de julio de 1961; se afilió al Sistema General de Pensiones en el año 2001, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., a donde continúa afiliado; que al momento de su afiliación ésta A.F.P. no le dio información respecto de las ventajas y desventajas del R.A.I.S. frente al R.P.M., que no le advirtió que el valor de su pensión sería inferior al que recibiría si COLPENSIONES lo pensionara, que no le dieron a conocer las condiciones en las cuales quedaría reconocida su pensión, y nunca se le especificó el capital que debería ahorrar para cumplir con la expectativa de obtener el derecho pensional (f.º 2-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 30 de agosto de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 27).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna que indique que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por la falta del deber de información, o que se evidencie que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; así mismo, manifestó que no se evidencia dentro de

las solicitudes, nota de protesto o anotación alguna que permita inferir, que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria. Adicionalmente, indicó que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poder trasladarse en cualquier tiempo.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (f.º 35 - 51).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, en la medida la afiliación efectuada al R.A.I.S. es válida, sumado a que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad. Indicó, que no es posible solicitar dicha nulidad invocando un requisito que no existía para la fecha del traslado, ya que el deber de asesorar al potencial afiliado nació sólo hasta 2010.

Propuso las excepciones de fondo, 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 (f.º 77-99).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 29-30).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 9 de julio de 2020, denegó las pretensiones de la demanda, y consecuentemente, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas a la parte demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación solicitando que fuese revocada la sentencia en su totalidad. Indicó, que el deber de información que tienen las A.F.P. para con sus afiliados, surgió desde el momento mismo de su creación, razón por la cual le debió ser suministrada la información necesaria para poder tomar una decisión consciente. Adicionalmente, manifestó que de acuerdo con la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, radicado 68838 de 2019; el Literal b) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que la afiliación está condicionada a una expresión libre y voluntaria, lo que necesariamente presume el conocimiento, el cual se alcanza cuando se saben a plenitud las consecuencias e implicaciones de la toma de esa decisión, así las cosas, en este caso no se puede suponer tal conocimiento, puesto que PORVENIR S.A. incumplió con su obligación de suministrar información suficiente y oportuna.

Finalmente, manifestó que éste deber de información no surge únicamente cuando hablamos de un traslado de régimen pensional, sino que también existe al momento de la afiliación, si bien no de manera comparada con el R.P.M., si sobre las características y condiciones negativas y positivas de éste régimen pensional, razón por la cual, de haber sido recibida tal información, habría podido afiliarse a COLPENSIONES, por lo que, de conformidad con lo establecido en la fijación del litigio, se debería declarar nula la

afiliación al R.A.I.S. y consecuentemente, por economía procesal, ordenar a COLPENSIONES a aceptarlo como su afiliado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante, estuvo viciado o no de nulidad por no recibir la información técnica y adecuada al momento del traslado.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 1.º de julio de 1961 (f.º 18); **ii)** que nunca ha estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales; **iii)** que el 28 de septiembre de 2001 se afilió al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A., conforme al historial de vinculaciones SIAF allegado a proceso (f.º 101) y el certificado expedido por PORVENIR S.A., donde actualmente continúa afiliado (f.º 156).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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.

El traslado de régimen pensional se encuentra regulado por el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al disponer que *“después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”*.

Lo primero que debe dejar claro la Sala, es que, como bien lo dejó establecido el juzgador de primera instancia, la situación del aquí demandante, es particular, toda vez que, en este caso, no estamos en presencia de un traslado de régimen pensional, como se pretende hacer ver por la parte demandante; sino que, nos encontramos frente a la inconformidad del demandante respecto de

una inicial y única afiliación al Sistema General de Pensiones, en el R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A.

Así las cosas, si bien es cierto que la protección que se ha brindado mediante las sentencias que declaran la invalidez en la afiliación, se encaminan a evitar que el derecho pensional se vea frustrado en las específicas condiciones establecidas en el régimen de prima media con prestación definida; situación en la que, como ya se indicó, no se encontraba el demandante al momento en que se afilió a la A.F.P. PORVENIR S.A., toda vez que, en tal ocasión, se encontraba haciendo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen, por lo que ninguna pérdida de beneficios le representaba tal afiliación.

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL19447 y SL17595 de 2017, SL4964 y SL413 de 2018, SL1688, SL1451, SL1452 y STL1677 de 2019, entre otras), señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante, el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante, quien para el 1.º de abril de 1994, ni siquiera se encontraba afiliado al Sistema General de Pensiones, e inició la formación de su derecho de pensión sólo hasta el año 2001?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 32 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 30 años para cumplir la edad de 62 años, sin embargo, como ya se dijo, para tal fecha no se encontraba afiliado a ningún fondo pensional, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a PORVENIR S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de afiliación válida al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en la afiliación a PORVENIR S.A., fuera ineficaz o estuviera viciada de nulidad, como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del formulario de afiliación no fue objeto de reproche de su parte, lo que considera la Sala como una ratificación tácita de su voluntad, con cumplimiento de las solemnidades legales.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro

individual con solidaridad; sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta, ni la validez, ni la eficacia del acto jurídico mismos de afiliación, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además de lo anterior, no se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que el demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P. PORVENIR S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos

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

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

Y respecto de la ineficacia, en sentido estricto de que no se requiere declaración judicial, se refiere es a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes respecto de la nulidad.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que el demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide

efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad del demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo, en el régimen de prima media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su afiliación. Así, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a PORVENIR S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para esta Sala de Decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional, ni de la Corte Suprema de Justicia al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual vulnera los principios

constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, los cuales no se acreditan, además de que no se probaron los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'A' followed by several smaller strokes.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a large, stylized initial 'M' and several loops.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA