

el horario que el actor tenía era el que disponía el edificio, el que era normalmente de 12 horas en el día; que los servicios los tenía que prestar el actor porque el contrato no era delegable; que las funciones del actor eran atender la portería, la entrada y salida del personal, y recibir la correspondencia; que cuando el demandante no podía asistir al trabajo tenía que pedir autorización porque no podía dejar de prestar el servicio; que se sabía cuándo el actor iba a prestar sus turnos porque había una persona de la empresa que hacía las rondas o estaba pendiente por vía telefónica; que tenía conocimiento de la situación de salud de la hermana del actor por cuanto alguna vez éste se lo comentó al Supervisor; y que el demandante no solicitó permiso para los sucesos después del fallecimiento de su hermana.

Dicho lo anterior, el Juez de Primera Instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo y ordenó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, accediendo a reconocer la sanción moratoria, tras considerar desprovisto de buena fe el actuar del empleador, decisión que la Sala avala.

En efecto, las pruebas militantes en las diligencias permiten considerar que el empleador pese a vincular al accionante mediante un contrato de prestación de servicios, le fijaba un horario de trabajo, estaba sometido a solicitar permisos y pedir autorizaciones en caso de ausentarse, había una persona de la empresa que verificaba si el accionante se encontraba prestando sus servicios, y que a cargo del actor estaba un Supervisor; circunstancias de las que no es dable desprender la independencia y autonomía propia de los contratos de prestación de servicios ~~trabajo~~, y por ende, la buena fe por parte del empleador, pues conforme al desarrollo de la relación contractual se evidenció que la aludida contratación civil constituyó una fachada para disfrazar la verdadera existencia de un vínculo de índole laboral.

Así las cosas, se considera acertada tal condena, no siendo suficiente las razones esbozadas por el impugnante, como quiera que, si bien las partes pudieron pactar la forma como se prestarían los servicios, es el trabajador demandante quien resulta la parte débil de la relación laboral; no está demostrado de forma alguna el pago de prestaciones sociales, por lo que, el pago de honorarios resulta insuficiente para tener por acreditada la buena del empleador; y por cuanto la indemnización moratoria se impone por la pago de pago de salarios o prestaciones sociales, por lo que, es ajeno al hecho de que el empleador omitiera el pago a seguridad social en consideración a que el actor estaba gozando de una asignación de uso del buen retiro por parte de la Policía Nacional.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Demandante: **ALBERTO RAMÓN GARCÍA BRICEÑO.**

Demandado: **GESTIÓN Y SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00158 -01.

Demandante: **DIDACIO SANTAMARIA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS
FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **DIDACIO SANTAMARIA** promoviese contra **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende el reajuste de su mesada pensional en un 15%, a partir del 01 de enero de 2001, de acuerdo con la Ley 4 de 1976, y los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00158 -01.

Demandante: **DIDACIO SANTAMARIA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

artículos 20 y 23 de la Convención Colectiva de 1980; e indexación.

2. HECHOS.

1) Mediante Resolución 0751 del 19 de junio de 1981 al actor le fue reconocida pensión de vejez de conformidad con los artículos 20 y 23 de la Convención Colectiva de 1980; **2)** A partir del año 2000, la demandada ha efectuado los ajustes anuales de la pensión conforme al I.P.C., y no según lo que dispone la Convención Colectiva de Trabajo, esto es, en un 15%; y **3)** El 06 de noviembre de 2018 elevó la correspondiente reclamación administrativa, la que fue negada mediante Resolución 2737 del 13 de diciembre de 2018.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (fls. 67 a 76), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, no reunir los requisitos exigidos por ley para ser beneficiario de la prestación solicitada, prescripción, presunción de legalidad y firmeza de los actos administrativos, y la genérica.

Expresó que la Ley 4 de 1976 tuvo vigencia hasta 1988; que a partir del 01 de enero de 1989 las pensiones empezaron a ser reajustadas de conformidad con la Ley 71 de 1988, esto es, sobre el reajuste del salario mínimo legal, el que además fue derogado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que establece que se deben incrementar anualmente las pensiones conforme al I.P.C.; y que en la Convención Colectiva de 1980 lo que se determinó es que los reajustes pensionales se haría de conformidad con la Ley.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00158 -01.

Demandante: **DIDACIO SANTAMARIA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 17 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió que la Convención Colectiva de 1980 no se logra establecer que de manera inveterada se debía reconocer a quien ostente la calidad de pensionado los incrementos legales de conformidad con la Ley 4 de 1976, pues por el contrario, se hace alusión al ordenamiento legal como fuente para efectuar los ajustes anuales de la pensión; que los ajustes de la Ley 4 de 1976 fueron derogados por la Ley 71 de 1988, y esta a su vez por la Ley 100 de 1993, circunstancia que no podía prever la convención colectiva de trabajo.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al pensionado, se verificará la sentencia proferida por el juez de primer grado.

Demandante: **DIDACIO SANTAMARIA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir es dable reliquidar la pensión reconocida a favor del accionante con fundamento en la Ley 4 de 1976 y la Convención Colectiva de 1980 celebrada entre los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la organización sindical Sintraferroviarios.

REAJUSTE DE LA LEY 4 DE 1976.

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976 rezaba:

ARTÍCULO 1°.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Cuando transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá así: se hallará el valor de incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

Establecido el incremento, se procederá a reajustar todas las pensiones conforme a lo previsto en el inciso 2 de este Artículo.

PARÁGRAFO 1°.- Con base en los promedios de salarios asegurados, establecidos por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, se reajustarán las pensiones del sector privado y las del mismo Instituto. Y las del sector público se reajustarán con los promedios establecidos por la Caja Nacional de Previsión Social.

Demandante: **DIDACIO SANTAMARIA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

PARÁGRAFO 2°.- Los reajustes a que se refiere este Artículo se harán efectivos a quienes hayan tenido el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste.

PARÁGRAFO 3°.- En ningún caso el reajuste de que trata este Artículo será inferior al 15% de la respectiva mesada pensional, para las pensiones equivalentes hasta un valor de cinco veces el salario mensual mínimo legal más alto.

No obstante, dicha norma fue derogada por los artículos 1° de la Ley 71 de 1988, la que a su vez fue sustituida por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-110 de 2006 estableció:

“Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994. De lo anterior se concluye que, **en la actualidad, a los pensionados bajo la vigencia de la ley 4ª de 1976 no se les reajusta la pensión con base en dicha ley, como equivocadamente lo sostiene el demandante, sino que, al igual que todos los demás pensionados, el reajuste se lleva a cabo siguiendo la formula prevista en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.** Por eso, en la medida que el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976 **se encuentra derogado desde el año de 1988** y no está produciendo efectos jurídicos actuales, la Corte se inhibirá de emitir pronunciamiento de fondo por falta de competencia funcional, motivada en una clara sustracción de materia o carencia actual de objeto”. (Negrillas por la Sala).

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso

- i) El 26 de marzo de 1980 Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la organización sindical Sintraferroviarios firmaron convención colectiva de trabajo, en la que establecieron en los artículos 20 y 23, la forma como se debía seguir pagando las mesadas pensionales a favor de sus pensionados (fls. 35 a 43).

Demandante: **DIDACIO SANTAMARIA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

- ii)** A Didacio Santamaria le fue reconocida pensión de jubilación convencional mediante la Resolución 0751 del 19 de junio de 1981 (fl.18. 04Documentales2021000223).
- iii)** El 31 de marzo de 1981, 24 de febrero de 1983, 14 de junio de 1985, 21 de marzo de 1987, 01 de febrero de 1989, 22 de febrero de 1990, y 17 de enero de 1992, Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la organización sindical Sintraferroviarios firmaron convenciones colectivas de trabajo, señalando que se garantizaría la aplicación de las normas convencionales que se encontraban vigentes para la época de celebración de cada una convención (fls. 11 a 34).
- iv)** El accionante el 06 de noviembre de 2018 elevó reclamación administrativa para lograr el reajuste de su mesada pensional conforme a la Ley 4 de 1976 y la Convención Colectiva de 1980 (fl.44 a 50).
- v)** Mediante Resolución 2737 del 13 de diciembre de 2018 se negó el reajuste requerido por el actor (fls. 51 a 59).

Pues bien. Teniendo en cuenta las documentales aludidas es necesario hacer referencia a los artículos 20 y 23 de la Convención Colectiva de 1980, normas citadas por la parte actora como sustento del reajuste que pretende, y que se entienden vigentes según las convenciones colectivas de 1981, 1983, 1985, 1987, 1989, 1990, y 1992, pues estas no efectuaron ninguna derogatoria sobre las mismas. Las normas en referencia señalan:

“ARTÍCULO VIGÉSIMO:

La empresa de los Ferrocarriles Nacionales continuará la tramitación y cancelación de las mesadas pensionales y demás obligaciones de Ley en las mismas circunstancias como se está practicando actualmente.

Asimismo, la empresa de los Ferrocarriles Nacionales continuará dando cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 7° y 8° de la Ley 4° de 1.976; y además prestará toda su colaboración para la constitución del Fondo Social para familiares de los pensionados ferrivarios”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00158 -01.

Demandante: **DIDACIO SANTAMARIA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

“ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO:

La Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, garantiza el estricto cumplimiento del Artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1°. de Marzo de .1978, referente a la continuidad en la aplicación de las normas contenidas en la legislación especial vigente para los trabajadores ferroviarios, las consignadas en el llamado código o Reglamento Gereneral de Trabajo de los Ferrorarriles Nacionales y las establecidas en la Convenciones Colectivas, Actas, Acuerdos, Laudos, Pactos Vigentes, tanto a nivel nacional como regional, garantizando la vigencia de esas disposiciones y documentos, mientras no se modifiquen expresa y bilateralmente.

Asimismo o pactado con el sindicato Ferroviario de Antioquia y el extinto Sindicato de Sintraferrat”.

En este punto, se hace necesario traer a colación que en relación con la interpretación de los acuerdos convencionales ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que son las partes a quienes les corresponde fijar el sentido y alcance de los acuerdos convencionales y, desde luego, excepcionalmente, a los jueces laborales, teniendo en cuenta la preceptiva contenida en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. En aplicación de esa normativa, la Corte ha explicado que cuando una norma de naturaleza convencional permite razonablemente varias interpretaciones, frente a cualquiera que escoja el juzgador de instancia, no se incurre en yerro alguno (CSJ SL4485-2018, CSJ SL953-2019).

En efecto, dicha corporación ha precisado que *“la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que le da autonomía a las partes y al juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles”*, pero que, a la vez, niega la validez de lecturas no aceptables, que *“traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas”*.

En ese sentido, la apreciación de las convenciones colectivas de trabajo no puede ser plenamente libre o arbitraria para las partes, de manera que conduzca a cualquier resultado, *“sino que debe inscribirse dentro de un contexto jurídico y social*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00158 -01.

Demandante: **DIDACIO SANTAMARIA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

preciso, al que debe guardar lealtad y con el que debe conjugarse de manera consecuente y armónica, más cuando se trata de la administración de recursos de naturaleza pública” (CSJ SL351-2018).

De esta manera y consideración a lo expuesto no encuentra la Sala que las normas trasuntas hagan alusión a que se debe reconocer y pagar la pensión del accionante teniendo en cuenta únicamente los reajustes de que trata el artículo 1° de la Ley 4° de 1976, por el contrario, hacen referencia es a que las mesadas pensionales **se seguirán pagando de conformidad con las normas contenidas en la legislación especial vigente para los trabajadores ferroviarios mientras no se modifiquen** expresa o bilateralmente, último evento que aconteció frente a la Ley 4 de 1976, la que como quedó dicho fue sustituida por la Ley 71 de 1988, y esta a su vez por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por demás que la Convención Colectiva de 1980 en ningún momento establece que dicha norma se pueda seguir aplicando con independencia de su vigencia o derogatoria, así como tampoco de su lectura se hace un remisión directa.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00158 -01.

Demandante: **DIDACIO SANTAMARIA.**

Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS
FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00414 -01.
Demandante: **OLGA SOFÍA ACOSTA HERRERA.**
Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **OLGA SOFÍA ACOSTA HERRERA** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la "nulidad" del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00414 -01.

Demandante: **OLGA SOFÍA ACOSTA HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

devolución de los valores que hubiese recibido COLFONDOS S.A.; y que COLPENSIONES reciba a la accionante.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 51 a 69), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia del derecho o de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Expresó que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria de régimen pensional, voluntad que se vio ratificada con los más de 15 años de cotizaciones al régimen de ahorro individual; que por razones financieras el Decreto 3800 de 2003 limitó la posibilidad de trasladarse de régimen pensional cuando faltaran menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, salvo para quienes contaran con 15 años de cotización al 01 de abril de 1994; que el objeto perseguido con la anterior disposición es evitar la descapitalización del sistema pensional, y que la accionante no contaba con 15 años de cotizaciones al 01 de abril de 1994, por demás que al momento de su traslado contaba apenas con 36 años, por lo que no es dable considerar que gozaba de una expectativa legítima de pensión.

Indicó que en el formulario de afiliación consta que se seleccionó el régimen de ahorro individual de manera libre,

espontánea, y sin presiones; que el deber de realizar proyecciones pensionales surgió con el Decreto 2071 de 2015; que las características de los regímenes pensionales se encuentra en la ley, empero el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; y que la prescripción en material laboral es de tres años, por lo que, operó el fenómeno extintivo sobre el acto que se pretende su nulidad.

COLFONDOS S.A. (fls. 99 a 111) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones y cesantías administrado por COLFONDOS S.A. prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Expresó que el deber de asesoría nació con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015; que tiene un procedimiento de capacitación dirigido a sus asesores comerciales que consiste en darles todas las herramientas e información para que entiendan y trasmitan las características de los regímenes pensionales, de lo que encuentra constancia en el formulario de afiliación; y que la actora no hizo uso del derecho de retracto.

Indicó que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, lo que no ocurrió, dado que la demandante sí pretendió afiliarse al régimen de ahorro individual; que comunicaron a través de los medios de comunicación escritos la posibilidad de los afiliados de retornar al régimen de prima media, así como del plazo de gracia concedido por ley para este propósito; que no se demuestra que la accionante hubiera sido coaccionada o engañada para firmar

el formulario de afiliación; que es regla de la experiencia y de la sana crítica que nadie presta su consentimiento para celebrar un acto que le va a generar perjuicios; y que si se aceptara algún tipo de error, sería un error de derecho, no obstante, este no vicia el consentimiento.

En último término dijo que la accionante no era beneficiaria del régimen de transición ni contaba con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 para retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media; que la accionante no contaba con una expectativa legítima de pensión, ya que se vinculó al fondo privado en vigencia de la Ley 100 de 1993 y no de un tránsito legislativo; y que operó el fenómeno prescriptivo, ya que han transcurrido más de tres años desde la celebración del acto de traslado de régimen pensional.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 26 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **PARTE ACTORA** indicó que de conformidad con lo expuesto en la demanda y lo acreditado en juicio, se creó un temor infundado de que el I.S.S. se iba a acabar, que el dinero aportado se iba a perder, y que la única manera opción era COLFONDOS S.A.; que por lo anterior, la actora realmente nunca recibió información; y que está acreditado un error de hecho, pues la demandante tenía en su mente una concepción muy distinta de lo que realmente terminaría siendo su prestación, ya que estaba convencida que el I.S.S. se iba a acabar, que nadie iba a responder por la pensión de permanecer en el régimen de prima media, empero, no fue informada de cómo iba a ser su pensión, sus rendimientos, y su monto.

Adujo que en todo caso, y que conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia la falta de información del fondo privado lo que genera es la ineficacia del traslado conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que no está acreditado, por demás que, en interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, se señaló que ese deber únicamente nació en 2014-2015; que desde 1993-1994 existían disposiciones legales que obligaban al fondo privado brindar suficiente información a los afiliados para efectuar su traslado pensional, dar la capacitación, y lograr un consentimiento informado; que las maniobras fraudulentas también se predicen del silencio, como el que guardó el asesor al momento de lograr el traslado de la accionante; que solamente cuando las personas están próximas a pensionarse evidencian el error en que incurrieron al momento de trasladarse, no al momento de su traslado; que la posibilidad de acceder al factor herencial, devolución de saldos, entre otros aspectos, son hipótesis y/o especulaciones; que precisamente la forma cómo se logró el traslado de varias personas al R.A.I.S. por parte de los fondos privados fue señalar que la imposibilidad del I.S.S. de pensionar, lo que generó un temor para que éstas se trasladaran de régimen pensional; que una decisión contraria está en contravía del precedente judicial; y que el formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditado el deber de información.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de

la parte actora y COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia

entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde

los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

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

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes

pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una

clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

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

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

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?”

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Demandante: **OLGA SOFÍA ACOSTA HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

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

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)"

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., desde el 30 de marzo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00414 -01.

Demandante: **OLGA SOFÍA ACOSTA HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

de 1989, según formato historia laboral obrante a folio 14; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. el 14 de julio de 2000 (documento obrante en la carpeta denominada 02 expediente administrativo); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 10 de junio de 2019 ante COLPENSIONES, pero le fue negada tal posibilidad por dichas entidades (documento obrante en la carpeta denominada 02 expediente administrativo).

En la carpeta denominada 02 expediente administrativo se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 14 de julio de 2000 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que en ésta se limitó a exponer que al momento de la afiliación únicamente le informaron que el I.S.S. se iba a acabar, que le tocaba afiliarse ante la situación de

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

incertidumbre que existía frente al I.S.S., y que tendría un bono pensional cuantioso como consecuencia de su traslado, por lo que la información con la que contaba la accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es muy precaria, y de ella no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Del mismo modo, con los testigos comparecientes tampoco es dable tener por acreditado el deber de información, ya que **Evita Barbosa Díaz y Luz Dary Palomino Castaño** reafirmaron lo dicho por la actora en interrogatorio de parte, esto es, en sus declaraciones se limitaron a indicar que los asesores de los fondos privados hicieron una feria en la que su discurso se centraba en que el I.S.S. se iba a acabar, que si no se trasladaban iban a quedar en el aire con su pensión, que por lo anterior varias personas sintieron presión y miedo, y que las pensiones que iban a tener iban a ser muy cuantiosas.

Así mismo, no es posible tener en cuenta el interrogatorio de la representante legal de COLFONDOS S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar «...sobre hechos que produzcan

consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...» además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

En cuanto a que la demandante debía conocer la ley o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

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

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Así las cosas, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por las razones anteriormente expuestas la Sala no encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia, y en su lugar se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de Olga Sofía Acosta Herrera del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de COLFONDOS S.A. el 14 de julio de 2000 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

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

Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos y gastos de administración. Al respecto, la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00414 -01.

Demandante: **OLGA SOFÍA ACOSTA HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 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.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

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

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

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo

Demandante: **OLGA SOFÍA ACOSTA HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados, bonos pensionales,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00414 -01.

Demandante: **OLGA SOFÍA ACOSTA HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen.

En este punto se aclara que, se deben reconocer los gastos de administración debidamente indexados, como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, y tal como se ha venido realizando en pronunciamientos más recientes, como el contenido en la providencia SL3199-2021, reiterado en la SL4192-2021. En aquella se dispuso, en relación con la condena por los aludidos valores, lo siguiente:

“En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral segundo del fallo del a quo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los bonos pensionales y lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración **debidamente indexados** durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente se condenará a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, **rubros que deberá cancelar debidamente indexados**, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos”.

Debe aclararse además que no operó la prescripción de los gastos de administración, pues como quedó dicho, la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

De igual manera, se **CONDENARÁ** a COLPENSIONES a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su

historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de COLFONDOS S.A. No se imponen frente a COLPENSIONES por considerarse que no se causaron, pues dicha entidad fue ajena al acto de traslado de la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se dispone:

A. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado de Olga Sofía Acosta Herrera del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de PROTECCIÓN S.A. el día 14 de julio de 2000 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

B. CONDENAR a COLFONDOS S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por Olga Sofía Acosta Herrera y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexados, comisiones,

aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.

C. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores enunciados en el literales B. de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de Olga Sofía Acosta Herrera al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

SEGUNDO. - Costas en ambas instancias a cargo de COLFONDOS S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

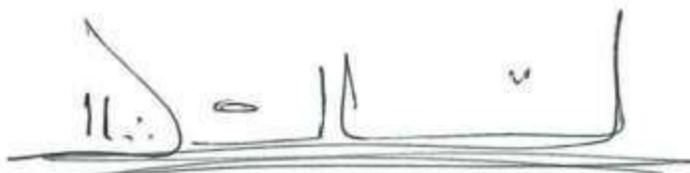
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00414 -01.

Demandante: **OLGA SOFÍA ACOSTA HERRERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.0000 a cargo de COLFONDOS S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2016-00865 -02

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN** promoviese contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el reconocimiento y pago de las mesadas de junio y diciembre que fueron suspendidas y descontadas mediante Resolución 447 de

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

2016, debidamente indexadas, junto con correspondientes reajustes legales, e intereses moratorios.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Laboró para la Secretaría de Obras Públicas hoy Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial desde el 02 de mayo de 1967 hasta el 01 de mayo de 1993; **2)** Mediante Resolución 1651 del 10 de agosto de 1994, le fue reconocida pensión de jubilación a partir del 01 de mayo de 1993, en cuantía de \$300.421,05 junto con las mesadas adicionales; **3)** El 03 de mayo de 2016 solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación; y **4)** Mediante Resolución 447 del 25 de agosto de 2016 se ordenó el pago de \$28'448.546 por concepto de reliquidación de pensión de jubilación, empero, se ordenó la suspensión y descontó el valor de las mesadas adicionales desde el 03 de mayo de 2013.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

2.1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.

(fls. 191 a 196), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepción de mérito la que denominó, genérica.

Expuso que la pensión de jubilación reconocida al accionante fue de conformidad con la Convención Colectiva de 1991 de la Secretaría de Obras Públicas; que del texto de tal

norma convencional no es dable extraer que sea dable reconocer las mesadas adicionales de junio y diciembre; y que ante la falta de pago de mesadas pensionales no se acordó convencionalmente el reconocimiento de intereses moratorios.

2.1. INTEGRACIÓN LITISCONSORTE NECESARIO.

Mediante auto del 27 de mayo de 2019 se dispuso integrar como litisconsorte necesario al **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP** (fls. 219 y 220).

FONCEP (fls. 222 a 232), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, falta de condiciones fácticas para acceder a mesada adicional, prescripción respecto de los factores que integran la base salarial, prescripción de la acción y de las mesadas pensionales, pago y compensación, improcedencia de los intereses moratorios pretendidos y la genérica.

Adujo que el actor cumplió el requisito de edad de la pensión convencional con posterioridad a la entrada del Acto Legislativo 01 de 2005, con excepción de las personas que tengan una mesada pensional inferior a los tres salarios mínimos, requisito que no satisface el actor, por lo que, no es dable efectuar el reconocimiento de la mesada catorce; que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, norma que creó la mesada catorce, pero que al hacer parte del sistema integral de pensiones no aplicaba para pensionados de regímenes exceptuados; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia los factores salariales que integran la base salarial son objeto de prescripción, de manera que, al no peticionarse dentro de los tres años siguientes a su causación operó el fenómeno extintivo; y que el actor ha estado recibiendo

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

de manera oportuna su pensión, motivo por el que no hay lugar a intereses moratorios.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 25 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que el actor tiene derecho a las mesadas adicionales de junio y diciembre, denominadas mesadas 14 y 13, las cuales se deberá continuar pagando por el FONCEP, sobre la totalidad de la mesada convencional, que erradamente ha denominado la accionada como legal y convencional.

SEGUNDO: CONDENAR al FONCEP a pagar al actor, la diferencia de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, esto es, mesadas 14 y 13, causado desde el 04 de mayo de 2013 las que al día de hoy y conforme el cuadro que se anexa al presente fallo corresponde al valor de \$13'895.694, las cuales deberá indexar desde que cada una se hizo exigible.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de pago y compensación, prescripción y probada la de improcedencia de los intereses moratorios pretendidos y **DECLARAR** no probadas las demás.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS al FONCEP. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de \$556.000 como agencias en derecho.

Como fundamento de su decisión refirió que la Caja de Previsión Social de Bogotá reconoció pensión de jubilación convencional al actor a partir del 01 de mayo de 1993, según Resolución 1651 de 1994; que las mesadas 13 y 14 se le han pagado al demandante desde el reconocimiento pensional; que mediante Resolución 447 de 2016 se ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación convencional; y que el Acto Legislativo 01 de 2005 si bien eliminó la mesada catorce, no lo hizo frente a las personas que ya habían causado el derecho a tal prestación, como lo es el caso de la demandante quién se encontraba gozando la mesada catorce desde su reconocimiento prestacional en 1994.

Indicó que sin justificación jurídica la entidad pensional empezó a pagar las mesadas trece y catorce sobre un valor inferior al de su mesada, por lo que hay lugar a reconocer las correspondientes diferencias; y que las mesadas pagadas sobre un rubro menor datan de mayo de 2013 y se demandó en septiembre de 2016, por lo que, operó el fenómeno de prescripción sobre las diferencias causadas con anterioridad a septiembre de 2013.

En último término, expreso que no hay lugar a intereses moratorios, dado que se está frente a una pensión convencional, no obstante, se debe reconocer el valor de las diferencias debidamente indexadas; y que operó parcialmente la excepción de compensación al demostrarse el pago de las mesadas adicionales, pese a que no se reconocieron de forma completa.

IV. APELACIÓN.

FONCEP.

Manifestó que tiene la representación de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial a partir del Decreto 818 de 2018, de modo que esta entidad sí reconocía pensiones legales, y era una entidad ajena al FONCEP; que en 2016 la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, lo que se reconoció al accionante fue su pensión de jubilación convencional; que en la contestación de la demanda se hizo alusión a la falta de reclamación administrativa frente al FONCEP, por lo que, debe declararse probada la excepción de falta de competencia en virtud de tal situación; que el objeto del litigio era determinar si se reconocieron las mesadas adicionales, pero no su reliquidación; que ante la falta de reclamación administrativa, la prescripción debe tomarse desde

fecha posterior; y que las mesadas adicionales se vienen conociendo en debida forma.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las demandadas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala tendrá como problemas jurídicos, verificar si es procedente el reconocimiento y pago de la diferencias por concepto de mesadas adicionales a favor del actor; si es el FONCEP la entidad legitimada para asumir las diferencias por concepto de mesadas adicionales; si es dable imponer condena en contra del FONCEP pese a que no se elevó reclamación administrativa en su contra; y si operó la excepción de prescripción en los términos declarados por la A Quo.

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

MESADAS ADICIONALES (MESADA TRECE Y MESADA CATORCE).

La mesada trece la encontramos inicialmente en la Ley 4 de 1976, artículo 5:

“ARTÍCULO 5°.- Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite el derecho, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto.

Posteriormente, el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, determinó:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión”.

Por su parte, la mesada catorce o mesada de junio, fue creada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 142. Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los 30 días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996”.

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

No obstante, con la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, el reconocimiento de la mesada catorce quedó supeditado a que la causación de la prestación fuera anterior al 31 de julio de 2011, y que el monto fuera equivalente o inferior a tres salarios mínimos. Al respecto, el inciso 8° y el parágrafo transitorio sexto del Acto Legislativo 01 de 2005, disponen:

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

En todo caso, sobre el tópico es necesario rememorar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 03 de diciembre de 2014, Rad. 64736, reiterada el 17 de junio de 2015, Rad. 57638, así como en la SL4517-2020, entre otras, ha expuesto que cuando una pensión se causa con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, se debe respetar el derecho a percibir catorce mesadas, por cuanto el inciso 9° del artículo 48 constitucional es claro en cuanto a que, en materia pensional se deben respetar los derechos adquiridos; y que si es la entidad empleadora la que venía reconociendo la pensión, ésta es la que debe asumir el pago de tal prestación, puesto que esto hace parte del mayor valor, el que está obligado a asumir, por efecto de la compartibilidad pensional. En la sentencia SL4517-2020 se estableció:

"En punto del debate, esta Sala en la sentencia CSJ SL3834-2019, donde se debatió un asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención de la Sala, sostuvo:

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

[...] en casos como el presente, la mesada adicional de junio hace parte del mayor valor que debe reconocer Electricaribe S.A. ESP en virtud de la compartibilidad pensional. De suerte que, de cara al inciso 1.º del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, la «proporción» que le corresponde asumir a la empleadora por concepto de mesada 14, es el 100%.

Basta agregar que esta Corporación en anteriores oportunidades, se ha referido al tema de la mesada adicional de junio de las pensiones convencionales, entre otras, en la sentencia CSJ SL7917-2015, en los siguientes términos:

Lo cierto es que el Tribunal no incurrió en yerro jurídico alguno al imponer la condena en la forma en que lo hizo, pues si la pensión convencional del actor fue reconocida antes de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 y el actor venía recibiendo su importe en el equivalente a catorce mesadas anuales, el valor de cada anualidad es el que debe observarse para efectos de la compartibilidad con la pensión de vejez que le otorgó el ISS en vigencia de la referida normatividad, sin que importe finalmente si el ISS no reconoce la mesada adicional de junio por superar la pensión de vejez el monto de los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la restricción que le impone el citado acto legislativo. Basta comparar la diferencia cuantitativa que existe entre las catorce mesadas que pagaba el Ministerio y las trece que reconoció y paga el ISS, de manera que si el monto de las primeras supera el monto de las segundas, la diferencia entre las dos debe ser asumida por el Ministerio, pues eso es finalmente el efecto que surge de la figura de la compartibilidad pensional. Como lo dijo esta Corporación en sentencia SL17444-2014, si «como quedó dilucidado, la entidad accionada le venía reconociendo el pago de la mesada catorce hasta antes de que el ISS les reconociera la pensión de vejez, luego la misma forma parte del «mayor valor» al cual por ley está obligado a asumir por efecto de la compartibilidad pensional.

(...) Así las cosas, como la pensión de jubilación reconocida por la demandada a Luis Enrique Niño Verbel fue causada antes de la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, y el ISS reconoció la prestación por vejez en vigencia del mismo y fue superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicho instituto no asumió la mesada adicional de junio y, por tal motivo, en virtud de la compartibilidad pensional, es la empleadora la obligada a responder por ella al formar parte del mayor de valor que, por ley, tiene a su cargo y tratarse de un derecho adquirido.

Bajo este horizonte, y siguiendo los derroteros jurisprudenciales anteriores, los que resultan aplicables al asunto bajo examen, debe precisarse que como la pensión de jubilación reconocida por el extinto IDEMA y asumida por la recurrente al favor del señor Germán Édgar Rojas Gutiérrez, fue causada antes de la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, y la que concedió el ISS por vejez en vigencia del mismo, fue superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicho instituto no asumió la mesada adicional de junio y, por tal motivo, en virtud de la compartibilidad pensional, es la empleadora la

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

obligada a responder por ella al formar parte del mayor de valor que, por ley, tiene a su cargo y tratarse de un derecho adquirido”.

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso

- i)** Rodolfo Martínez Guzmán nació el 13 de noviembre de 1951, tal y como da cuenta la cédula de ciudadanía obrante a folio 21.
- ii)** El demandante ingresó a laborar al servicio de la Secretaría de Obras Públicas el 02 de mayo de 1967 (fl. 44).
- iii)** A través del Boletín 578 del 12 de abril de 1993, la Secretaría de Obras Públicas estableció que se terminaba el contrato de trabajo del accionante para que se procediera al reconocimiento de una pensión de jubilación de conformidad con el artículo 14 de la Convención Colectiva de Trabajo (fl.197).
- iv)** Mediante Resolución 1651 del 10 de agosto de 1994, la Caja de Previsión Social de Bogotá reconoció al actor una pensión de jubilación en cuantía de \$300.421,05, en catorce mesadas al año, a partir del 01 de mayo de 1993, con una tasa del 75% del salario promedio según la Ley 33 y la Ley 62 de 1985 (fl.16).
- v)** A través de la Resolución 447 del 25 de agosto de 2016, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C. reliquidó la pensión de jubilación al actor, a partir del 03 de mayo de 2013, con fundamento en la convención colectiva de trabajo vigente para la época de los hechos, y los factores salariales establecidos por esta normatividad. Asimismo, se

determinó que no había lugar al reconocimiento de mesadas adicionales (fls. 15 a 20).

- vi)** Mediante Resolución SPE GDP 0837 del 08 de agosto de 2019, el FONCEP corrigió la Resolución 447 de 2016, en el sentido de establecer que lo que se reconocía era una pensión de jubilación convencional con un total de doce mesadas pensionales, y que esta pensión coexistía con la pensión legal inicialmente reconocida (fls. 255 a 261).
- vii)** FONCEP certificó el 28 de mayo de 2020 que a partir del 03 de mayo de 2013 el valor de las mesadas pensionales ordinarias que está pagando son únicamente las de la pensión convencional, y que las mesadas adicionales son la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución 1651 de 1994 (22 memorial respuesta requerimiento 2020- respuesta junio de 2020-).

Pues bien, previo a efectuar el análisis íntegro de las anteriores probanzas, se hace necesario tener en cuenta que el legitimado para asumir las condenas que se pudiere imponer en este proveído en caso de confirmarse la condena es el FONCEP, como acertadamente lo dispuso el A Quo. Al respecto, basta con recordar que el artículo 23 del Decreto 838 de 2018, dispone:

“Artículo 23. Condenas y obligaciones a cargo de la transformada Secretaría de Obras Públicas. Corresponde a la Dirección General de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial-, dar cumplimiento a las providencias judiciales y decisiones extrajudiciales donde se condene y establezcan obligaciones a cargo de la transformada Secretaría de Obras Públicas, excepto las que se causen por **obligaciones pensionales, las cuales estarán a cargo del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP**”.

De igual manera, y en relación con el argumento referente a la falta de **reclamación administrativa** frente al FONCEP encuentra la Sala que tal circunstancia se alegó como excepción previa, se negó por parte de la Juez de Primera Instancia, y no se

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

interpuso recurso de apelación, por lo que, tal decisión se encuentra ejecutoriada, por demás que, el FONCEP fue una entidad que oficiosamente fue integrada a la litis por parte de la juzgadora de primer grado, de modo que, no era imperativa que se agotara tal requisito de procedibilidad, pues tal requisito únicamente se exige cuando se inicia una acción judicial contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a efectuar el análisis de rigor de los documentos aludidos, encontrando que al demandante se le reconoció mediante Resolución 1651 de 1994 pensión de jubilación, no obstante, en dicho acto administrativo no se identifica si se trata de una prestación de carácter legal o convencional, pues en el acto administrativo tan sólo se hace alusión a que se tomó la tasa de reemplazo del 75% de conformidad con la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 del mismo año, y al momento de darse terminación al contrato de trabajo del actor la Secretaría de Obras Públicas en el Boletín 578 del 12 de abril de 1993, se determinó expresamente que se finalizaba la relación laboral para efectuar el reconocimiento de una pensión de jubilación de conformidad con el artículo 14 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Dicho lo anterior, y para esclarecer qué tipo de pensión se reconoció por parte de la Caja de Previsión Social de Bogotá, es necesario remitirse a la Resolución 1651 de 1994, en la que se establece que se liquidó la prestación, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75%, y el promedio de lo devengado por el demandante en el último año de servicios, en el que se incluyeron como factores salariales, la asignación básica, los auxilio de alimentación y de transporte, primas de antigüedad, prima de servicios, prima de vacaciones, primas de navidad, y quinquenios; empero, no se encuentran incluidos como factor

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

salarial en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, los auxilios de alimentación y de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones, primas de navidad, y quinquenios. Al respecto, dispone la norma en mención:

“ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

De esta manera, es claro que le asiste razón a la A Quo en que la prestación reconocida mediante la Resolución 1651 de 1994, no fue de acuerdo con la Ley 33 de 1985, y por el contrario, se reconoció de conformidad con la convención colectiva, pues aunado a lo expuesto en el Boletín 578 de 1993, en la liquidación de la pensión convencional efectuada en la Resolución 447 de 2016, se tuvo en cuenta los factores salariales antes aludidos (fls.162 y 201 a 203).

Aclarado lo anterior, en el caso de estudio, encontramos que la situación pensional del accionante se consolidó con anterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, pues el reconocimiento prestacional data del 10 de agosto de 1994, por lo que se debió preservar el reconocimiento y pago de las mesadas adicionales.

En este punto, se hace necesario aclarar que si bien se encuentra acreditado el pago de las mesadas adicionales, también lo es que de manera equivocada, se siguió pagando por

concepto de estas, un valor inferior a las demás mesadas pensionales. Al respecto, el FONCEP en certificación del 28 de mayo de 2020, estableció:

AÑO	PERIODO	DIAS	v/r mesada	TOTAL MESADAS	ADIC JUN	ADIC DIC	TOTAL DIVIDENDOS	
1993	01/05/1993	30/12/1993	240	300.421	2.403.248	300.421	300.421	3.004.210
1994	01/01/1994	30/12/1994	360	363.718	4.364.618	363.718	363.718	5.092.052
1995	01/01/1995	31/07/1995	180	445.986	2.673.916	445.986	445.986	3.567.888
1995	01/08/1995	30/12/1995	180	481.409	2.888.454	481.409	481.409	3.851.272
1996	01/01/1996	30/12/1996	360	575.091	6.901.032	575.091	575.091	8.051.214
1997	01/01/1997	30/12/1997	360	693.484	8.383.808	693.484	693.484	9.781.776
1998	01/01/1998	30/12/1998	360	823.153	9.877.836	823.153	823.153	11.524.142
1999	01/01/1999	30/12/1999	360	960.620	11.527.440	960.620	960.620	13.448.680
2000	01/01/2000	30/12/2000	360	1.049.285	12.591.420	1.049.285	1.049.285	14.689.990
2001	01/01/2001	30/12/2001	360	1.141.097	13.693.184	1.141.097	1.141.097	15.975.368
2002	01/01/2002	30/12/2002	360	1.238.991	14.740.692	1.238.991	1.238.991	17.197.674
2003	01/01/2003	30/12/2003	360	1.314.256	15.771.072	1.314.256	1.314.256	18.399.584
2004	01/01/2004	30/12/2004	360	1.399.551	16.794.612	1.399.551	1.399.551	19.593.714
2005	01/01/2005	30/12/2005	360	1.476.526	17.718.312	1.476.526	1.476.526	20.871.364
2006	01/01/2006	30/12/2006	360	1.548.138	18.577.656	1.548.138	1.548.138	21.673.932
2007	01/01/2007	30/12/2007	360	1.617.495	19.400.940	1.617.495	1.617.495	22.644.930
2008	01/01/2008	30/12/2008	360	1.709.530	20.514.360	1.709.530	1.709.530	23.933.420
2009	01/01/2009	30/12/2009	360	1.840.651	22.087.812	1.840.651	1.840.651	25.768.114
2010	01/01/2010	30/12/2010	360	1.877.464	22.529.544	1.877.464	1.877.464	26.384.496
2011	01/01/2011	30/12/2011	360	1.936.980	23.243.780	1.936.980	1.936.980	27.117.720
2012	01/01/2012	30/12/2012	360	2.009.229	24.130.248	2.009.229	2.009.229	28.129.206
2013	01/01/2013	03/05/2013	127	2.058.254	8.370.233			8.370.233
2013	08/05/2013	30/12/2013	239	2.708.621	21.488.393	2.058.254	2.058.254	25.604.901
2014	01/01/2014	30/12/2014	360	2.830.929	28.305.090	2.098.184	2.098.184	32.501.456
2015	01/01/2015	30/12/2015	360	2.960.712	35.528.544	2.174.878	2.174.878	39.878.590
2016	01/01/2016	30/12/2016	360	3.187.962	38.035.544	2.322.224	2.322.224	42.685.992
2017	01/01/2017	30/12/2017	360	3.360.692	40.328.504	2.455.752	2.455.752	45.239.808
2018	01/01/2018	30/12/2018	360	3.514.523	42.174.276	2.556.192	2.556.192	47.286.660
2019	01/01/2019	30/12/2019	360	3.653.330	43.826.720	2.637.324	2.637.324	49.111.366
2020	01/01/2020	30/05/2020	150	3.792.136	18.960.680			18.960.680

Por tanto, es claro que el valor reconocido por concepto de mesadas adicionales a partir del año 2013 se pagó sobre un rubro inferior a las demás mesadas ordinarias, con el pretexto de que a partir del 03 de mayo de 2013 lo procedente era el pago de la pensión de jubilación convencional, cuando como quedó visto dicha prestación se venía reconociendo desde el 10 de agosto de 1994 mediante la Resolución 1651 de 1994; por demás que en gracia de discusión, y de tenerse que se mutó la pensión legal a una pensión convencional, y que esta es una prestación completamente ajena a la anterior, se arribaría a la misma conclusión, esto es, que le corresponde al actor el reconocimiento de catorce mesadas, pues de conformidad con el parágrafo sexto del Acto Legislativo 01 de 2005, las personas que causaron su derecho antes de la entrada en vigor de tal precepto constitucional tienen derecho a catorce mesadas; en efecto, como quedó visto el actor tenía causado su derecho a la pensión

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

convencional desde la fecha en que finalizó su vínculo laboral con la Secretaría de Obras, por lo que, en tal sentido resulta claro que tenía derecho a catorce mesadas, y que al ser procedente el reajuste de esta prestación las mesadas adicionales, estas igualmente debieron ser reajustadas. Como es sabido, el Acto Legislativo 01 de 2005 no afecta los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de las partes respecto a la estabilidad de lo previamente acordado.

En igual sentido, es necesario aclarar que si bien la pretensión inicial de la demanda era el reconocimiento de las mesadas adicionales, también lo es que el A Quo además de gozar de las facultades ultra y extra petita, en virtud del principio infra o minus petita, podía efectuar el reconocimiento de las diferencias, pues si bien no fue expresamente lo pedido, las adicionales, sí son una parte o fracción de estas. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4816-2015 reiterada en la SL4515-2020 dijo:

«una revisión de las providencias dictadas en los últimos años sobre este punto, dan cuenta que el criterio que ha prevalecido en esta Corporación es aquel conforme al cual, el juez tiene el **deber**, no solo en los casos en los que se prueba un tiempo de servicios inferior al pretendido (CSJ SL, 5 dic. 2001, rad. 17215; CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 35033; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 35666; CSJ SL, 17 jun. 2011, rad. 38182; CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 42768; CSJ SL806-2013; CSJ SL9112-2014; CSJ SL1012-2015), sino en otros (CSJ SL16715-2014), de dictar una condena minus petita que acepte parcialmente las pretensiones de la demanda, esto es, que si el demandante pide más, pero tan solo alcanzó a acreditar parte de lo pedido, debe reconocerse lo probado (art. 305 C.P.C.).

Así, por ejemplo, esta Sala en sentencia CSJ SL, 5 dic. 2001, rad. 17215, reiterada en CSJ SL, 17 jun. 2011, rad. 38182; CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 35033 y CSJ SL806-2013, señaló:

El artículo 305 del CPC dice:

“Congruencia. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada por ésta.

“Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

“...”. La consonancia contemplada en esta norma es una regla que orienta la decisión que debe adoptar el juez, pues le señala la obligación de estructurar su sentencia dentro del marco que conformen las partes con los planteamientos que hagan en sus escritos de demanda y de contestación.

Para que la sentencia sea consonante, el juez debe ajustarse a los postulados que las mismas partes le fijan al litigio y por eso no puede resolver más allá ni por fuera de lo pedido, pues de hacerlo incurriría, en el primer caso, en un pronunciamiento ultra petita y en el segundo, en uno extra petita. Tal limitación no existe en el proceso laboral que contempla para el juez la posibilidad de hacerlos dentro de ciertos requisitos.

Pero la norma bajo estudio no proscribe decidir por debajo de lo pedido de modo que, cuando las partes logran probar menos de lo que pretenden, la decisión que acoja el derecho dentro de esos parámetros inferiores, no se sale de los hechos básicos y por tanto el juez debe reconocer lo que resulte probado y denegar lo demás. En este caso la resolución es infra o minus petita y está dentro del marco previsto por el artículo 305.

El fundamento esencial de la demanda no cambia cuando los hechos del juicio indiquen que el tiempo de servicios fue inferior al que se alegó en la demanda, que en últimas es lo que ocurrió en este proceso frente a algunas de las pretensiones, por lo que debe concluirse que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 305 del CPC, al negarse a estudiar las pretensiones por encontrar que entre las partes se habían estructurado dos contratos de trabajo independientes y que el último no correspondía a los límites o extremos temporales señalados en la demanda inicial.

En similar sentido, esta Corte en sentencia CSJ SL, 22 ago. 2008, rad. 38182, expresó:

No está demás advertir por la Sala que nada obsta para que el juez declare la existencia de dos contratos de trabajo, pese a que el demandante invocó la existencia de uno solo, pues es bien sabido que el principio de consonancia contenido en el artículo 305 del CPC que informa las sentencias de instancia respecto de las pretensiones solicitadas, no excluye la posibilidad de que se profiera un fallo infra petita.

Y en la CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 42768, dijo:

No obstante, lo anterior no implica que los jueces estén impedidos para decidir por debajo de lo pedido, ni ello tampoco desconoce el imperioso mandato del artículo 305 del C. P. C., de

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

modo que cuando las partes logran probar menos de lo pretendido, es obligación del juez proferir decisión que acoja lo demostrado, pero sin salirse dentro de los extremos inicialmente fijados, debiendo en consecuencia denegar lo demás, caso en el cual decisión es minus petita.

Los extremos de la litis no cambian cuando se demuestre un tiempo de servicios inferior al que se alegó en la demanda.

Por manera que, le asiste la razón al recurrente al considerar que si el Tribunal encontró demostrado que la relación laboral de las partes no fue lineal en el tiempo, sino fraccionada, de modo que no podía predicarse la existencia de un contrato de trabajo, sino de varios, debió dictar una sentencia minus petita que acogiera parcialmente las pretensiones incoadas, en el sentido de declarar la existencia de aquella o aquellas relaciones de trabajo que estuvieran probadas".

Finalmente, habrá de advertir la Sala frente a la **prescripción**, que la diferencia en el pago de las mesadas adicionales surgió cuando se reliquidó la pensión de jubilación del accionante a través de la Resolución 447 del 25 de agosto de 2016, pues fue en este acto administrativo que se dispuso que no se accedería a pagar las mesadas adicionales, por lo que, al demandarse el 02 de septiembre de 2016 (fl.22), se entendería que no operó el fenómeno extintivo, sin embargo, y dado que la A Quo tomó como fecha para contabilizar la prescripción la de la presentación de la demanda, y como consecuencia de ello, declaró la prescripción de las diferencias de las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 03 de septiembre de 2013, condena que resulta más favorable a la encartada, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, su decisión no se modificará.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del FONCEP.

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo del FONCEP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

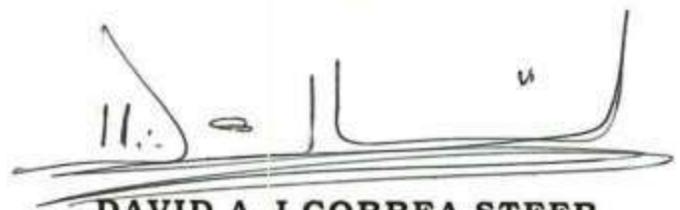
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2016-00865 -02

Demandante: **RODOLFO MARTÍNEZ GUZMÁN.**

Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ D.C.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo del FONCEP.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015

AUTO

En atención al auto de fecha 03 de marzo del año en curso, proferido por los Magistrados David J. Correa Steer y Marceliano Chávez Ávila, mediante el cual manifiestan encontrarse impedidos para conocer del presente asunto por las causales contenidas en los numerales 10 y 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, respectivamente, debe manifestar la suscrita Magistrada que encuentra fundados dichos impedimentos, por lo que los mismos se aceptan.

En consecuencia, se reconfirma la presente Sala de Decisión.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el 1° de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó la demandante el día 1° de mayo de 1999 a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como bonos pensionales, así como sus rendimientos, sin descuento alguno por gastos de administración, y a esta última a activar la afiliación de la actora.

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Nació el 25 de diciembre de 1963; **2)** Desde el 22 de febrero de 1985 hasta el 30 de abril de 1999 cotizó en el RPM un total de 550.57 semanas; **3)** El 31 de marzo de 1999 se trasladó al RAIS a través de Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de mayo de 1999; **4)** Ha cotizado al sistema general de pensiones un total 1.515,57 al 31 de diciembre de 2018; **5)** El promotor de Porvenir S.A. le informó que no perdería ningún beneficio al trasladarse de régimen, que podría pensionarse con una mesada superior a la que recibiría en el RPM, que tendría derechos a excedentes de libre disponibilidad y que el ISS se acabaría; **6)** No recibió, antes de cumplir sus 47 años, asesoría respecto de la posibilidad de regresar de nuevo al RPM, quedando inmersa en la restricción de la Ley 797 de 2003; **7)** Porvenir S.A. efectuó cálculo actuarial que arrojó la suma de \$1.241.000 como mesada pensional, la cual, al compararse con la que recibiría en el RPM, esto es \$4.165.628,16,; **8)** Los días 18 de enero de 2018 y 25 de febrero de 2019, remitió derechos de petición ante Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente, solicitando declarar nulo o ineficaz su traslado de régimen pensional; pero las citadas entidades negaron lo solicitado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES, (Fls. 74 a 107 Archivo No. 2), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, inexistencia del derecho para regresar al RPM, falta de causa para pedir, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, 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, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

Indicó que, ante esa entidad, el traslado de la demandante a Porvenir S.A. se efectuó de manera libre y voluntaria, siendo necesario que la actora pruebe que le fue brindada una información sesgada, sin advertirle los riesgos entre uno y otro régimen para el momento de la suscripción del formulario de afiliación.

Adujo que la accionante no cuenta con una expectativa legítima, por lo que la posible falta de información en la que pudo incurrir el fondo de pensiones no logra tener la identidad suficiente para configurar el engaño que invalide el cambio de régimen.

PORVENIR S.A. (Fls. 136 a 273 Archivo No. 2), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Adujo que, el traslado de régimen de la actora se dio a Porvenir S.A. como se establece en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y 54A del CPTSS.

Precisó que la actora estuvo por más de 20 años en el RAIS, tiempo durante el cual pagó aportes y no manifestó inconformidad alguna con la decisión que adoptó.

Afirmó que esa AFP ha obrado siempre de buena fe y conforme lo dispuesto en las normas vigentes tanto para el momento de la afiliación como las en vigor, cumpliendo con las obligaciones respecto al deber de información.

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601
Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo dictó sentencia condenatoria, **declarando la nulidad del traslado** efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a esta última a recibir los aportes y actualizar la historia laboral de la actora.

En síntesis expuso que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha venido sentando una línea jurisprudencial en torno a la ineficacia del traslado, en la que ha señalado, entre otras, que las acciones que buscan la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional no están sujetas al término prescriptivo, que la carga de la prueba corresponde a las AFP, que los formatos preimpresos no son suficientes para demostrar el consentimiento informado, que no importa que los ciudadanos san beneficiarios del régimen de transición, ya que todos los ciudadanos son destinatarios del mismo nivel de información.

Indicó que al momento del traslado de la demandante, esto es el 31 de marzo de 1999, estaba en vigencia el Decreto 720 de 1994, el cual establecía la obligación de información a cargo de las AFP, y al revisar el proceso, no se encuentran medio s probatorios que demuestren que esta obligación fue cumplida con la actora.

Expuso que la demandante estuvo en permanente error en el objeto del contrato, pues se le informó que iba a tener un mejor derecho pensional en la AFP y al ver las proyecciones se evidencia su equivocación, máxime cuando se le ocasionó un grave perjuicio.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Precisó que, esa entidad no tuvo injerencia alguna decisión tomada por la demandante en relación al traslado, además, con esta se estaría afectando los intereses de Colpensiones y la descapitalización del fondo, poniendo en riesgo pensiones de aquellas personas que durante toda su vida laboral se han realizado sus aportes al régimen de prima media.

Indicó que el asesoramiento y la información que se debe brindar está en cabeza de las AFP, por lo que debe ser el fondo privado el que asuma el reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el RPM administrado por Colpensiones.

Solicitó se tenga en cuenta que Colpensiones se encuentra vinculada al proceso de manera residual, pues al declararse la nulidad de la afiliación ante el RAIS, ello no puede endilgarse a Colpensiones, máxime cuando a quienes les asistía la obligación de brindar información veraz y oportuna era a los fondos privados al momento de la suscripción del formulario de afiliación y no al ISS o Colpensiones.

Finalmente, solicita se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebró la actora con el fondo privado y los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes, por lo que esa entidad no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión proferida.

PORVENIR S.A.

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Indicó que la decisión proferida afecta el principio de inescindibilidad de las normas, ya que en la parte motiva de la sentencia se argumenta que lo que se configura en este caso es una nulidad relativa, resaltando que en las pretensiones de la demanda lo que se pide es la nulidad y/o ineficacia, pero no se establece qué tipo de nulidad es la que se solicita y resaltó que el artículo 1743 del CC establece que al juez le es vedado declarar la nulidad relativa sino se le solicita y en este proceso no se solicitó la nulidad relativa, por ello, esta no podía ser declarada por el despacho.

Expuso que la Corte Constitucional ha dicho que la carga dinámica de la prueba no opera de manera automática, como en la sentencia C-086 del 2016, donde se impone la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso, además, precisó que dentro del proceso no se cumple lo establecido en el artículo 167 del CGP ya que no se declaró la carga dinámica de la prueba, y por tanto la demandante debía demostrar que los supuestos de hecho que alega en su demanda se cumplen.

Indicó que, si bien es obligación de las AFP generar estas asesorías, y así lo establece el Decreto 720 de 1994, ello no se puede traducir propiamente en el aspecto de que tenga también que demostrar que cumple esa carga, pues quien tiene la carga de probar el supuesto de hecho que alega es la demandante y ello no aconteció.

Adujo que el artículo 1746 del CC es claro al establecer que cuando este tipo de situaciones se devuelven a su estado original, deben haber restituciones mutuas y en tal sentido, si se creó la ficción jurídica de que la demandante nunca estuvo en el RAIS no hay argumento para obligar a Porvenir S.A. a restituir los intereses y frutos financieros, pues se supone que nunca se generaron, pues la ficción jurídica que crea la

consecuencia jurídica de la nulidad relativa declarada en esta sentencia, genera que la demandante nunca estuvo en el RAIS, por lo que nunca generó intereses.

Dijo, que en este caso no se demostró y ni siquiera se habló de si la actuación de Porvenir se dio con dolo o culpa y por tanto se está pretendiendo por una responsabilidad objetiva al hablarse de que tiene que restituir unos intereses financieros, sin que se pruebe que estos intereses financieros con una actitud de fuerza o dolo pues es importante resaltar que estos elementos en relación dada la Constitución Política no se pueden probar con negaciones indefinidas.

Resaltó que las nulidades sí son saneables y en ese orden de ideas el artículo 1754 del CC indica que el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes va a sanear este contrato, el cual, es bilateral y por tanto la demandante tenía la obligación de cotizar estos montos pensionales, así las cosas, dijo, se saneó durante los 20 años, de manera tácita, las posibles nulidades en las que se haya podido incurrir.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de junio de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos

requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

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

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

(...)

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o**

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

f) Posteriormente, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo lo siguiente:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

VI. DEL CASO CONCRETO

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 22/02/1985 (fl 103 Archivo No. 2); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 31/03/1999 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 175 Archivo No. 2); y **iii)** que el día 11/03/2019 (fl. 40-42 y 47-49 Archivo No. 2) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folio 175 (Archivo No. 2) se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 31/03/1999 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 31 de marzo de 1999, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

parte de Porvenir S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

Por ello, al no demostrarse por parte de Porvenir S.A., AFP a través de la cual la demandante realizó el traslado de régimen, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que se **MODIFICARÁ** la decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar **la ineficacia** del traslado y no su nulidad, ya que, como en antecedencia se dijo, no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

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

Frente al particular, la sentencia **SL 1421-2019** Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

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

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

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

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad

Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

En lo que respecta al saneamiento del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS, los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen, siendo pertinente recordar que, si bien la demandante también tiene obligaciones al ser consumidora financiera, esto no supe la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Frente al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindo la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, por lo que no es posible atender favorablemente el argumento presentado por esa AFP en tal sentido.

En cuanto a la vulneración al *principio de la relatividad* jurídica aducido por Colpensiones al sustentar su recurso, cuando indica que dicha entidad no debe responder por actos de terceros, ha de mencionarse que esta es una figura propia del

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016² (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».³

² Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

³ Ibidem.

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, el mentado principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y Horizonte S.A. (hoy Porvenir S.A.), el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

Ahora, en cuanto a lo argüido por Colpensiones en su recurso de apelación, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601

Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

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

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **MODIFICAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar la INEFICACIA del traslado de régimen efectuado por la demandante el 31 de marzo de 1999, conforme se expuso en la parte motiva de esta determinación.

SEGUNDO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

TERCERO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO .- **SIN COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310500520190036601
Demandante: **GILMA CLEMENCIA RUSSI SUÁREZ**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**


MILLER ESQUIVEL GAITÁN


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901
Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.
Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 016

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta entidad, la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 08 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante del

régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado el 2 de junio de 1999 a través de la AFP Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Colfondos S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados; y a Colpensiones, que reciba dicha afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Nació el 24 de septiembre de 1961; **2)** Inició su vida laboral el 1° de marzo de 1985 afiliándose al RPM administrado por el ISS; **3)** El 02 de junio de 1999 se trasladó a Colfondos S.A.; **4)** Los asesores de Colfondos S.A. le ofrecieron beneficios como una pensión a más temprana edad, que el monto de la pensión sería superior a la que le correspondería en el ISS; **5)** Los asesores de Colfondos S.A. omitieron informarle las características del RAIS, sus ventajas y desventajas, la forma de pensionarse en dicho régimen; **6)** Al momento de su vinculación Colfondos S.A. no le brindó información suficiente y clara, que le permitiera tomar la mejor decisión respecto de su perspectiva pensional; **7)** El 13 de noviembre de 2018, diligenció formulario de traslado ante Colpensiones, entidad que rechazó su solicitud; y **8)** El 14 de noviembre de 2018 presentó reclamación administrativa ante Colfondos S.A., solicitando la nulidad del traslado de régimen, petición que fue respondida de manera negativa el 6 de diciembre del mismo año.

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901

Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 57 a 67), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Indicó que, del análisis del escrito de la demanda, se colige que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo que demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió para el cambio de régimen y que la elección de régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Expuso que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación de la actora al RAIS, en razón a que la misma tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó por parte de la accionante, alguna de las causales de nulidad, vicios del consentimiento, sino que la accionante confesó que se afilió a Colfondos S.A., por lo tanto existió voluntad de trasladarse de régimen, máxime cuando ha permanecido por 20 años realizando aportes continuos a ese fondo.

Concluyó diciendo que el traslado de la demandante al RAIS acaeció en el año 1999, por lo que el transcurso del tiempo subsanó cualquier error que hubiere podido acontecer, pues la demandante nunca dejó de cotizar y no se observa que durante los 20 años de afiliación a Colfondos S.A. hubiere presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado.

COLFONDOS S.A. (fls. 84 a 121), no presentó oposición a las pretensiones de la demanda y tampoco propuso excepciones de mérito.

Indicó que, revisada la documentación interna de esa AFP, no se cuenta con soportes por escrito de la asesoría brindada a la demandante o de una proyección de cálculo actuarial a ella efectuado, que pueda demostrar la asesoría brindada, la cual se efectuó de manera presencial y verbal, en la que los asesores de Colfondos S.A. le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen.

Precisó que con la asesoría brindada a la demandante de manera presencial y verbal, se realizó una asesoría integral y completa en el régimen general de pensiones, lo que conllevó a que suscribiera el formulario de afiliación con Colfondos S.A., el cual se dio de manera libre, voluntaria e informada, por lo que no existió vicio en el consentimiento, ni fue omitida información para obtener un beneficio para la AFP.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo dictó sentencia condenatoria, declarando ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 02 de junio de 1999 a través de Colfondos S.A., ordenando a esta última a devolver a Colpensiones los saldos, aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, así como los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; a su vez le ordenó a Colpensiones que acepte dicho traslado y recursos.

Para fundamentar su decisión adujo, en síntesis que en la sentencia hito que es la SL 12136 del 2014 se expuso que en aplicación del principio de la libre escogencia contemplado en el

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901

Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

artículo 13 de la Ley 100 de 1993 la afiliación puede ser transitable entre los dos regímenes, que el fenómeno de la información ha sido analizado por la sentencia 1452 del 2019 sobre la base de 5 pilares: 1) Desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones, con la expedición de la Ley 100 de 1993, tienen el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema pensional, 2) el grado de intensidad de esa obligación se ha transformado con el paso del tiempo, de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento con el momento histórico en que debía cumplirse, 3) el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento al deber de información y por lo tanto se requiere de un consentimiento informado, 4) la carga de la prueba corresponde al fondo de pensiones, 5) la violación al deber de informar puede darse incluso si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiario del régimen de transición o está cerca o no de pensionarse, ello conforme a las particularidades de cada caso.

Al descender al caso concreto, expuso que en el formulario de afiliación de fecha 2 de junio de 1999 que obra a folio 89 del expediente solo se establecen los datos correspondientes a la actora, sin que siquiera se inserte lo correspondiente al derecho de retracto frente a la afiliación, consagrado en el Decreto 1161 de 1994, lo que conlleva a determinar que no hubo un cumplimiento de la carga de a prueba de la información suficiente, ni de brindar el asesoramiento respectivo que implica los deberes de información permanente, así como tampoco establece la ilustración de las características, ventajas y desventajas y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que hace que, al no documentarse clara y suficientemente los efectos que acarrea el traslado de régimen pensional, este se torne en ineficaz.

Finalmente, sobre la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, advirtió que solicitud de nulidad o ineficacia

de la afiliación persigue un derecho pensional el cual es imprescriptible ya que afecta los derechos del afiliado, como lo expuso, entre otras, la sentencia SL 8544 de 2016.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Solicitó se adicione el fallo de primera instancia, en el entendido de ordenar a Colfondos S.A. traslade a Colpensiones los porcentajes destinados a pagos de seguros previsionales y fondos de garantía de pensión mínima, conceptos que deben trasladarse debidamente indexados teniendo en cuenta precedentes como el establecido en la sentencia SL 1421 de 2019.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 07 de julio de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de Coplensiones, quien reiteró sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante,

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901

Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al

Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901

Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos

pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901

Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al

afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

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

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901

Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

“(…) 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.”

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901

Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 01/03/1985 (fl 75); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 02/06/1999 a través de la A.F.P Colfondos S.A (fl 89 y 121); y **iii)** los días 13 y 14 de noviembre de 2018 (fl. 33 y 37) solicitó a las accionadas traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por estas.

Pues bien, a folios 89 y 121 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 02/06/1999 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, al no demostrarse por parte de Colfondos S.A. que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901

Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Frente al tema de la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ha de indicar la Sala que esta decisión se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901

Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación

Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

Frente al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Colfondos S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindo la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

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

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901

Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11001310501220190004901

Demandante: **AMELIA MARÍA SAMPAYO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro voto!

Código Único de Identificación: 11001310501520170027401

Demandante: **FRANCIA ELENA GALINDO GÓMEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 016

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada PORVENIR S.A., y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **FRANCIA ELENA GALINDO GÓMEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado el 26 de noviembre de 1997 a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados; y a Colpensiones, que reciba dicha afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Nació el 10 de julio de 1963; **2)** Del 3 de enero de 1985 hasta el 30 de septiembre de 1995 cotizó un total de 119 semanas al ISS; **3)** En noviembre de 1997 un asesor de Horizonte les ofreció a los trabajadores de COOMEVA EPS trasladarse al RAIS, pues en este podrían pensionarse a más temprana edad y que el monto de la pensión sería superior a la que le correspondería en el ISS, omitiendo informar las consecuencias del cambio de régimen; **4)** El 26 de noviembre de 1997 firmó formulario de afiliación con Horizonte; **5)** El 29 de septiembre de 2015 elevó derecho de petición ante Colpensiones solicitando se aceptara su afiliación al RPM; **6)** El 20 de noviembre de 2015, mediante derecho de petición solicitó a Porvenir S.A. se declare nulo el traslado de régimen, petición que fue contestada por esa entidad de manera negativa.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 67 a 80), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, compensación, cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Indicó que, el traslado realizado por la actora a Porvenir S.A. tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento en el contrato suscrito con Porvenir S.A. y la omisión de información alegados por la actora, deben probarse en el desarrollo del proceso.

Precisó que el día 29 de septiembre de 2015 la demandante solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, lo cual resulta imposible ante la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues para dicha data contaba con 55 años.

PORVENIR S.A. (fls. 94 a 128 y 130), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su

derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia condenatoria, declarando ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 26 de noviembre de 1997 a través de Porvenir S.A., ordenando a esta última a trasladar Colpensiones la totalidad de los recursos o sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante; a su vez le ordenó a Colpensiones que acepte dichos recursos y los acredite como semanas cotizadas.

En síntesis, el *a quo* indicó que, en sentencia SL 1689 de 2019, la Corte Suprema de Justicia indicó que el deber de información se encuentra a cargo de las AFP y es exigible desde su creación, encontrándose estas en la obligación de brindar una información clara y transparente, el afiliado tiene libertad de escogencia de régimen pensional, no se puede alegar que existió una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado pueda tener

frente a los derechos prestacionales y que no se puede dar por satisfecho tal requisito con una expresión genérica, frente a la carga de la prueba precisó que, si el afiliado alega que no recibió la información al momento de la afiliación, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, en consecuencia la AFP es la encargada de acreditar el hecho positivo contrario.

Adujo que, en este caso, no se acredita que Porvenir S.A. hubiere cumplido con esa carga probatoria de demostrar el cumplimiento del deber de información al momento del traslado de la demandante, pues en el proceso no obra prueba alguna que permita inferir que efectivamente a la demandante se le brindó la información necesaria, lo único que obra es el formulario de afiliación el cual, conforme lo ha dicho la Corte, no es suficiente para demostrar que se cumplió con ese deber de información, situación que tampoco se puede tener por demostrada con el interrogatorio de parte rendido por la actora del cual no se extracta confesión alguna.

Expuso que conforme el artículo 48 de la Constitución el derecho pensional es imprescriptible e irrenunciable, por lo que al estar la ineficacia del traslado íntimamente relacionada con el derecho pensional, esta sigue la misma suerte de este.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Precisó que, las motivaciones que tuvo en cuenta la sentencia de primer grado para declarar la ineficacia se fundamentaron en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, la cual no debe aplicarse de forma inmediata, ya que no todos los casos se soportan en los mismos elementos fácticos, debiéndose analizar cada caso particular, siendo necesario valorar el traslado de la carga de la prueba.

Expuso que la primera etapa del deber de información consistía en ponerle presente al afiliado que con dicho traslado de régimen perdía el régimen de transición con lo que se le atribuía a las AFP esa carga probatoria al no anunciarles esta situación ya que hay una afectación directa a su derecho pensional, pero en este caso, la demandante no renunció a ningún beneficio pensional y no se vio afectada frente a su situación cuando realizó el traslado de régimen en el año 1997, ya que para ese momento no contaba ni con el número mínimo de semanas cotizadas ni con la edad para ser beneficiaria del régimen de transición y en tal sentido estaba en total libertad de efectuar el traslado, tal y como lo hizo al momento de suscribir el formulario de afiliación y acogerse a las implicaciones y características del RAIS.

Precisó que con el interrogatorio de parte quedó demostrado que la motivación de la demandante para retornar al RPM es el monto de la mesada pensional, el cual no es un criterio oportuno para declarar la ineficacia del trasladado, máxime cuando en ningún aspecto se lesiono el deber de información y por tal razón la carga de la prueba no puede volcarse totalmente en esa AFP.

Adujo que fue allegado el formulario de afiliación, cumpliendo con el requisito o la voluntad del afiliado que era lo que exigía el Decreto 692 de 1994, formulario que cumple con los aspectos que el artículo 11 de dicha norma establecía, además, este no fue desconocido ni tachado de falso por la actora.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de junio de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para

alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la

entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones,

riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos,

desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

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

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que

enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 01/03/1985 (fl 80); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 26/11/1997 a través de la A.F.P Horizonte (hoy Porvenir S.A) (fl 103); y **iii)** los días 29/09/2015 y 23/10/2015 (fl. 23 y 29) solicitó a las accionadas traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por estas.

Pues bien, a folio 103 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 26/11/1997 con la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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

Nótese como no se desprende el deber cumplido de la accionada ni con los documentos arrimados al plenario, ni con el interrogatorio de parte rendido por la demandante, pues de ninguna de las respuestas dadas en la diligencia se puede verificar confesión alguna en su contra, por cuanto sus dichos no demuestran que la actora hubiese recibido información clara concreta y suficiente de las consecuencias que implicaba el traslado de régimen, en los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, precisando que no se le está restando valor probatorio al formulario de afiliación, ni mucho menos se está desconociendo, sino que con este no se da por demostrado el deber de información.

Así las cosas, al no demostrarse por parte de Porvenir S.A. que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos,

Código Único de Identificación: 11001310501520170027401

Demandante: **FRANCIA ELENA GALINDO GÓMEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Frente al asunto relativo a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ha de indicar la Sala que esta decisión se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y

aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

Frente al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, por lo que no es posible atender favorablemente el argumento presentado por esa AFP en tal sentido.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

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

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en **EDICTO** atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

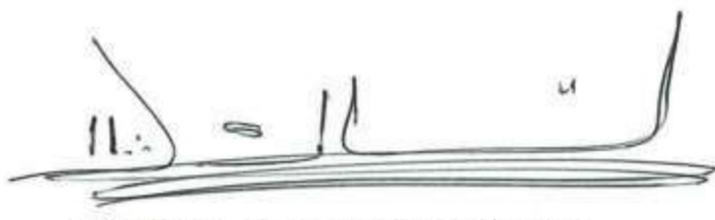
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310501620180070001

Demandante: **JOSE ALBERTO CABRERA VILLEGAS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 016

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada PORVENIR S.A., y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ ALBERTO CABRERA VILLEGAS** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales; y a Colpensiones, que reciba dichos aportes y active la afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Nació el 7 de marzo de 1957; **2)** Realizó su primer aporte pensional con el ISS el 22 de agosto de 1985; **3)** Se afilió a Porvenir S.A. el 4 de marzo de 1999 hasta la actualidad; **4)** Para la fecha del traslado contaba con 42 años y 587 semanas cotizadas; **5)** A su lugar de trabajo llegaron unos asesores comerciales de Porvenir S.A., quienes le informaron que la mejor opción era trasladarse a ese fondo, pero no desplegaron ninguna actividad de asesoramiento, omitiendo brindarle información completa y clara sobre los efectos y consecuencias de su traslado; **6)** El ISS hoy Colpensiones tampoco adelantó ninguna gestión tendiente a brindarle asesoría; **7)** Los días 14 y 27 de noviembre de 2014 y 16 de enero de 2015, radicó ante Colpensiones solicitudes de traslado de régimen pensional, peticiones que fueron contestadas de manera negativa; **8)** En igual sentido radicó ante Porvenir S.A. petición de traslado de

régimen el día 15 de enero de 2015, la cual fue respondida de manera negativa; 9) El 19 de julio de 2018 solicitó ante Colpensiones la activación de la afiliación, a lo que Colpensiones se negó por improcedente.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 93 a 106), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Indicó que, del análisis del escrito de demanda se colige que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y que la elección de régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

PORVENIR S.A. (fls. 139 a 178), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

Indicó que la afiliación de la demandante a esa AFP fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el cual es auténtico.

Precisó que la actora manifestó, al suscribir el formulario de afiliación con Porvenir S.A., ser consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado, así como su

derecho de retracto, lo que constituye una ratificación del acto de traslado del régimen de pensiones.

Aclaró que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y que esa entidad ha obrado siempre de buena fe, conforme lo dispuesto en las normas vigentes, tanto para el momento de la afiliación como las que se encuentran en vigor.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sea lo primero señalar que mediante auto del 26 de febrero del 2021 (fl. 185) el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento del presente asunto, atendiendo lo establecido en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 y el artículo 1° del Acuerdo CSJBTA20-2019 del 31 de diciembre de 2020.

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, en la que declaró la ineficacia del traslado realizado por José Alberto Cabrera Villegas del RPM al RAIS, por lo que ordenó a la AFP Porvenir S.A., que traslade a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. Así mismo, ordenó a Colpensiones a recibir los dineros y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

Para arribar a tal conclusión expuso, que a efectos de resolver el presente asunto debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Pensiones, normas que han consagrado que la selección de estos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestará por escrito su elección al momento de su afiliación o traslado, lo que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen.

Precisó que el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable al momento del traslado de la actora, consagra la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para la escogencia de las mejores opciones del mercado.

Citó las sentencias SL 9447 del 2017, 1452 del 2019, 1688 del 2019, 1689 del 2019 y 4426 de 2019, las cuales, indicó, tienen una misma línea en común frente al tema de la ineficacia y sus consecuencias, pretendiendo que al afiliado no se le vulnere su derecho a la libre escogencia al momento del traslado, además que desde la sentencia SL 1688 del 2019 la Corte ha considerado que las AFP deben de suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y que, además, opera la inversión de la carga de la prueba, así mismo estas providencias han indicado que lo anterior se repite sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene un beneficio transicional o si se está próximo o no a pensionarse dado que la violación del derecho del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerando en sí mismo, esto desde luego teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

Frente al caso particular, expuso que Porvenir S.A. no demostró, en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia, que hubiera ofrecido asesoría e información objetiva, suficiente y clara al actor sobre los efectos del traslado realizado el 04 de marzo de 1999, ya que al proceso solo se aportó el formulario de afiliación suscrito por el demandante el cual no se acredita que en efecto haya suministrado información en los términos citados por la jurisprudencia de la Corte, máxime cuando esta Corporación, desde la sentencia SL 31989 del 2008 ha indicado que la suscripción del formulario al igual que las

afirmaciones pre impresas en los formatos no son suficientes para dar por demostrado el deber de información pues, a lo sumo acreditan un consentimiento libre de vicios pero no informado, por lo que concluyó que, en este caso, se presenta una falta al deber de información por parte de la AFP Porvenir S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Precisó que, se declaró la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que se aplica cuando existen actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador, lo que supone un dolo, el cual no fue ni manifestado y menos probado dentro del proceso.

Indicó que el formulario de afiliación nace de cumplimiento de la ley 100 de 1993, que en su artículo 114 indica que al momento de generar un traslado de régimen este se debe de hacer por escrito y se debe de generar la manifestación de que se hace de forma libre y voluntaria, tal cual lo hizo Porvenir S.A., entonces por cumplir con la ley no puede ser condenada; al respecto expuso que si el formulario no es un documento que aporte los elementos de juicios de información, no se le indica cuál es el documento que se le exige a las AFP para demostrar que el demandante ha estado válidamente afiliado, como tampoco se indica el documento o la prueba o la norma en donde se establezca cuál era la documental exigida a esa AFP.

Reiteró que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de Ley 797 del 2003, la cual propende por la protección del sistema general de pensiones con la no descapitalización del fondo de prima media, acorde con el principio de estabilidad financiera en el RAIS.

Adujo que, si bien dentro del interrogatorio de parte del demandante no se generó confesión respecto de la información que se le brindo, ello no significa que no se le haya dado.

Expuso que el demandante permaneció durante muchos años afiliado a Porvenir S.A., permitiendo los descuentos con destino a esta, mencionando además que la afiliación con el demandante en el año 1999 se generó de manera bilateral, por ello el actor también tiene una serie de deberes como informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación de información, capacitación para conocer este funcionamiento, emplear una adecuada atención y cuidado al momento de tomar la decisión, leer y revisar los términos y condiciones de los formularios de afiliación, deberes que no fueron concretados por el demandante lo que significa que quien los incumplió no fue Porvenir S.A. sino el demandante.

Frente a los gastos de administración mencionó que según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% para financiar gastos de administración, seguros de pensión de invalidez y sobreviviente, que estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión, es decir no es un emolumento que sea del demandante o del afiliado, por lo que ordenar su devolución genera un enriquecimiento sin justa causa, debido a que fue Porvenir S.A. la que durante estos 21 años generó una buena administración que devino en unos rendimientos; además, la condena impone que se entreguen de manera indexada lo que presupone un perjuicio que no fue probado en el proceso.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 07 de julio de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para

alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la

entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones,

riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar

decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

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

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan

de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital

correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 22/08/1985 (fl 10 y 101); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 31/03/1999 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl 9 y 175); y **iii)** los días 16/01/2015, 15/01/2015, 16/07/2018 y 19/07/2018 (fl. 25, 28, 49 y 50) solicitó a las accionadas traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por estas.

Pues bien, a folios 9 y 175 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 31/03/1999 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, sin que sea de recibo el argumento presentado por Porvenir S.A. al momento de sustentar su apelación, pues si bien para la fecha en que el demandante se afilió a esa AFP no era obligación dejar otro documento que probara la información dada a los afiliados, no es menos cierto que el cumplimiento de dicha obligación pudo haberse demostrado con cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación, lo cual no acaeció en este caso.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 31 de marzo de 1999, debió cumplirse con el mentado deber, lo cual, se reitera, no fue demostrado en el presente asunto.

Tampoco se desprende el deber cumplido de la accionada ni con los documentos arrimados al plenario, ni con el interrogatorio de parte rendido por el demandante, pues de ninguna de las respuestas dadas en la diligencia se puede verificar confesión alguna en su contra, por cuanto sus dichos no demuestran que la actora hubiese recibido información clara concreta y suficiente de las consecuencias que implicaba el traslado de régimen, en los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, precisando que no se le está restando valor probatorio al formulario de afiliación, ni mucho menos se está desconociendo, sino que con este no se da por demostrado el deber de información.

Así las cosas, al no demostrarse por parte de Porvenir S.A. que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese

incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de

reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Frente al tema de la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ha de indicar la Sala que esta decisión se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

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

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

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

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

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

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

posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que esta Sala encuentra acertada la decisión proferida en primer grado.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

Ahora bien, en cuanto al argumento presentado por Porvenir S.A. referente a que el demandante es un consumidor financiero, quien también ostenta deberes como el de actuar con diligencia, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la*

exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

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

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11001310501620180070001

Demandante: **JOSE ALBERTO CABRERA VILLEGAS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

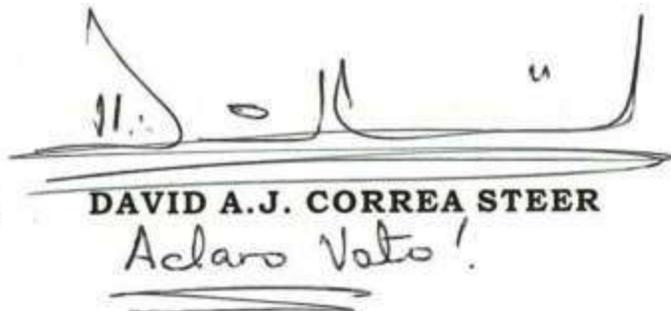
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 016

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA ROCÍO ACEVEDO BARRERA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare ineficaz el traslado de efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 22 de febrero de 1978; **2)** Se trasladó del RPM al RAIS, afiliándose a Colpatria el 20 de octubre de 1999; **3)** Colpatria fue absorbida por Porvenir S.A.; **4)** Al momento de su traslado, Colpatria no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen; **5)** Solicitó ante Colpensiones la anulación del traslado, lo cual fue negado por dicha entidad; **6)** En el régimen de prima media su pensión sería de \$2.506.056 y en el régimen de ahorro individual sería de \$781.242; **7)** Actualmente se encuentra cotizando a Porvenir S.A.

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

2.1. COLPENSIONES (fls. 237 a 259), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, error de derecho no vicia el consentimiento, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Indicó que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, esto es al 1° de abril de 1994, la accionante contaba con 32 años pues nació el 16 de febrero de 1962, así como tampoco alcanzaba a completar las 750 semanas o 15 años de servicios para dicha data, por lo cual, no es beneficiaria del régimen de transición.

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

Concluye indicando que, al haber fundado la actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de la AFP, de conformidad con los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

2.2. PORVENIR S.A. (fl. 275 a 343) se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones de mérito denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Expuso que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión por ella tomada se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que este se produjo, ya que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos de ley y con ello se concretó el traslado, manifestando en forma expresa que lo hacía de manera libre y voluntaria.

Precisó que al momento en que la demandante tomó la decisión voluntaria de trasladarse de régimen pensional, esa AFP cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, y que en este caso, no hay ninguna razón para considerar que la demandante no contara con la capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación a la demandada por carecer del entendimiento suficiente para comprender las implicaciones de acto jurídico que estaba llevando a cabo.

Concluyó mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sea lo primero señalar que mediante auto del 02 de marzo del 2021 (fl. 347) el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento del presente asunto, atendiendo lo establecido en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 y el artículo 1° del Acuerdo CSJBTA20-2019 del 31 de diciembre de 2020.

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, en la que declaró la ineficacia del traslado realizado por María Rocio Acevedo Barrera del RPM al RAIS, por lo que ordenó a la AFP Porvenir S.A., que traslade a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. Así mismo, ordenó a Colpensiones a recibir los dineros y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

Para arribar a tal conclusión expuso, que a efectos de resolver el presente asunto debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Pensiones, normas que han consagrado que la selección de estos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestará por escrito su elección al momento de su afiliación o traslado, lo que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen.

Precisó que el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable al momento del traslado de la actora, consagra la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para la escogencia de las mejores opciones del mercado.

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Citó las sentencias SL 9447 del 2017, 1452 del 2019, 1688 del 2019, 1689 del 2019 y 4426 de 2019, las cuales, indicó, tienen una misma línea en común frente al tema de la ineficacia y sus consecuencias, pretendiendo que al afiliado no se le vulnere su derecho a la libre escogencia al momento del traslado, además que desde la sentencia SL 1688 del 2019 la Corte ha considerado que las AFP deben de suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y que, además, opera la inversión de la carga de la prueba, así mismo estas providencias han indicado que lo anterior se repite sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene un beneficio transicional o si se está próximo o no a pensionarse dado que la violación del derecho del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerando en sí mismo, esto desde luego teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

Frente al caso particular, expuso que Porvenir S.A. no demostró, en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia, que hubiera ofrecido asesoría e información objetiva, suficiente y clara a la demandante sobre los efectos del traslado realizado el 20 de octubre de 1999, ya que al proceso solo se aportó el formulario de afiliación suscrito por la demandante el cual no se acredita que en efecto haya suministrado información en los términos citados por la jurisprudencia de la Corte, máxime cuando esta Corporación, desde la sentencia SL 31989 del 2008 ha indicado que la suscripción del formulario al igual que las afirmaciones pre impresas en los formatos no son suficientes para dar por demostrado el deber de información pues, a lo sumo acreditan un consentimiento libre de vicios pero no informado, por lo que concluyó que, en este caso, se presenta una falta al deber de información por parte de la AFP Porvenir S.A.

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Expuso que, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, prohibición que obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y de este modo asegurar el pago futuro de las pensiones de los afiliados y reajustes económicos de las mismas y bajo tal premisa el fallo afecta el principio de sostenibilidad financiera, alterando los principios de igualdad y equidad de quienes realmente efectuaron cotizaciones a Colpensiones.

Expuso que la demandante no logró demostrar las falencias de su afiliación al RAIS, puesto que se encuentra demostrada su voluntad y libre escogencia de régimen pensional, adicionalmente, ella efectuó cotizaciones al RAIS por más de 15 años.

PORVENIR S.A.

Precisó que, se les está exigiendo a las AFP que entren a probar información otorgada al momento del traslado con pruebas de la asesoría cuando solo se exigía para dicho momento el formulario de afiliación e incluso exigiendo obligaciones del deber de información que no se encontraban vigentes para ese momento, especialmente cuando, para el momento del traslado de la accionante el ordenamiento no determinada una forma concreta en que las AFP debían de brindar información como tampoco una obligación de documentar la asesoría brindada, por lo anterior no tiene sentido de que se exijan pruebas que soporten la asesoría cuando para ese momento se hacía de manera verbal y solo se necesitaba de la firma del afiliado como manifestación del consentimiento del afiliado.

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Indicó que respetarse la voluntad de las partes y darle al formulario de afiliación el valor probatorio que merece, pues este prueba que se cumplen los requisitos vigentes a la fecha del traslado de la actora, así como expresa la voluntad de la afiliada, quien entendía que este acto jurídico que estaba realizando era vital para su futuro y se sometía a las condiciones del RAIS para ese momento.

Adujo que los afiliados de este régimen son considerados consumidores financieros, por lo que no se puede descargar totalmente el deber de informar en la AFP, pues tal y como dispone el principio de igualdad, dicha obligación también recae sobre la afiliada que es conocedora de su situación particular y concreta, de sus expectativas laborales, situación que se escapa del conocimiento de la AFP, y por ello la actora debía de actuar con debida diligencia lo cual suponía por lo menos tener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, máxime cuando las consecuencias de la decisión del traslado se encuentran en normas de común conocimiento como la Ley 100 de 1993.

Aclaró que el traslado efectuado en el año 1999 es válido y eficaz, ya que se cumplió el deber de información exigido para ese momento, especialmente cuando la actora recibió información respecto de las características del RAIS, lo cual se desprende de su interrogatorio de parte, en donde manifestó que nunca se preocupó por su estado pensional y solo se preocupa cuando ya está inmersa en la prohibición del traslado, "defraudando" el sistema pues todos estos años se benefició del RAIS como por ejemplo con los rendimientos generados y ahora busca beneficiarse del RPM cuando no aportó en este sistema desde hace 20 años.

En caso de que se confirme el fallo, solicita se le absuelva de la condena en gastos de administración, en razón de que estas sumas tienen un mandato legal y una destinación

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

específica, la cual cumplió su cometido en el tiempo de vinculación de la actora con la AFP, de tal suerte que estas sumas fueron invertidas de acuerdo a la ley y no están en poder de Porvenir S.A. pues fueron destinadas a cubrir los gastos que implica la correcta destinación de los aportes en la cuenta individual de la demandante, principalmente en el manejo de sus inversiones los cuales se ven reflejados en su cuenta de ahorro con los rendimientos e incrementos de sus aportes.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 7 de julio de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda, contestaciones y recursos interpuestos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901
Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

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

reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

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

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

f) Posteriormente, en cuanto a la posible descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones el día 22/02/1978 (fl. 49 y 237); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 20/10/1999 a través de la A.F.P COLPATRIA (hoy Porvenir S.A) (fl. 333); y **iii)** que los días 31/10/2018 y

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

02/11/2018 (fl. 68 y 65) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las demandadas.

Pues bien, a folio 333, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 20/10/1999 con la AFP Colpatria (hoy Porvenir S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, sin que sea de recibo el argumento presentado por Porvenir S.A. al momento de sustentar su apelación, pues si bien para la fecha en que el demandante se afilió a la AFP Colpatria S.A. no era obligación dejar otro documento que probara la información dada a la afiliada, no es menos cierto que el cumplimiento de dicha obligación pudo haberse demostrado con cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación, lo cual no acaeció en este caso.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 20 de octubre de 1999, debió cumplirse con el mentado deber, lo cual no fue demostrado en el presente asunto, por ello, el argumento de Porvenir S.A. no resulta avante, ya que, de haberse cumplido dicha obligación, lo cierto es que ello no fue demostrado en este asunto.

Tampoco se desprende el deber cumplido de la accionada ni con los documentos arrojados al plenario, ni con el interrogatorio de parte rendido por el demandante, pues de ninguna de las respuestas dadas en la diligencia se puede verificar confesión alguna en su contra, por cuanto sus dichos no demuestran que la actora hubiese recibido información clara concreta y suficiente de las consecuencias que implicaba el traslado de régimen, en los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, precisando que no se le está restando valor probatorio al formulario de afiliación, ni mucho menos se está desconociendo, sino que con este no se da por demostrado el deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir S.A. 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado (ver frente al punto la SL 1688-2019).

Es por ello que, acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no *su nulidad*, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, reiterándose que resulta inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

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

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

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

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ellos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que esta Sala encuentra acertada la decisión proferida en primer grado.

Ahora bien, en cuanto al argumento presentado por Porvenir S.A. referente a que la demandante es una consumidora financiera, quien también ostenta deberes como el de actuar con diligencia, esto no supe la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

En cuanto a lo argüido por Colpensiones en su recurso de apelación, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta al saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insancable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado*

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901

Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».

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

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11001310501820190009901
Demandante: **MARÍA ROCIO ACEVEDO BARRERA**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

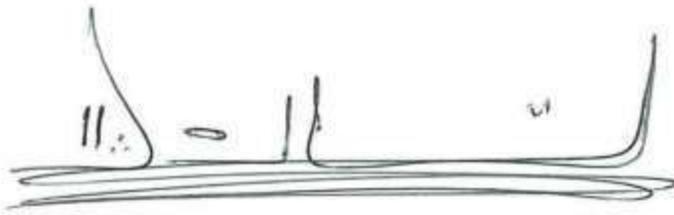
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro voto!

Código Único de Identificación: 11001310502120180063701

Demandante: **PATRICIA MARTÍNEZ LABRADOR**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 016

AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificado (a) con C.C. No. 1.129.580.577 y T.P. No. 219.992 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **PATRICIA MARTÍNEZ LABRADOR** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Colfondos S.A. el día 20 de agosto de 1998.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colfondos S.A., devolver a Colpensiones los aportes, rendimientos, comisiones, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta individual de la accionante y a esta última a registrar y activar la afiliación de la demandante.

Así mismo, depreca se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la demandante desde el 1° de julio de 2018, conforme las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 y el pago de los intereses moratorios.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 12 de octubre de 1960; **2)** Cotizó al ISS un total de 319.86 semanas; **3)** Laboró para el Hospital Divino Salvador de Sopó y cotizó un total de 96.71 semanas y la entidad que responde por este periodo es el Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca; **4)** El septiembre de 1995 se afilió al Colfondos S.A.; **5)** Colfondos S.A. no le brindó la información clara y suficiente sobre las ventajas, desventajas, características del RAIS, entre otros; **6)** El 22 de junio de 2018 solicitó a Colfondos S.A. y a Colpensiones la anulación de su afiliación, peticiones que fueron negadas por dichas entidades; **7)** El 27 de julio de 2018 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, pretensión que fue negada.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

2.1. COLPENSIONES (fl. 105 a 128), se opuso a las pretensiones incoadas contra esta entidad, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el conocimiento, improcedencia del reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, prescripción y la innominada.

Adujo que obra formulario de afiliación en el que la demandante, haciendo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional solicitó vincularse al RAIS y con su firma dio fe de haber sido informada respecto del régimen pensional que estaba eligiendo, acogiéndose a todas las condiciones propias del RAIS.

Precisó que todas las características, beneficios, condiciones y modalidades pensionales del RAIS están consignadas en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo tanto, no es dable alegar la ignorancia de la ley como excusa, para atribuir a la AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la ley.

Concluyó diciendo que a la accionante no le asiste el reconocimiento pensional, debido a que no cuenta con los 15 años de servicio o cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no es beneficiaria del régimen de transición y por ende de la pensión bajo dicha normatividad.

2.2. COLFONDOS S.A. (fls. 147 a 181), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó 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, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada.

Precisó que la existencia del deber de asesoría solo se da hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que los traslados efectuados por fuera de la vigencia de esas disposiciones no se les puede exigir que demuestren tal circunstancia.

Indicó que esa AFP informó de manera adecuada y completa a la demandante, con anterioridad a su vinculación a Colfondos S.A., acerca de las condiciones bajo las cuales opera el RAIS, lo

Código Único de Identificación: 11001310502120180063701

Demandante: **PATRICIA MARTÍNEZ LABRADOR**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS**

que resulta demostrado con el formulario de afiliación suscrito por la demandante, con el cual dejó constancia que su elección fue efectuada de manera libre, espontánea y sin presiones.

Adujo que la accionante se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse de régimen, toda vez que esta a menos de 10 años para alcanzar la edad en la que puede reclamar la pensión, no es beneficiaria del régimen de transición y tampoco cuenta con las semanas requeridas en la sentencia SU 062 de 2010, para trasladarse al RPM.

Posteriormente, mediante auto del 11 de diciembre de 2019, el juzgado de conocimiento decidió vincular a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, entidad que se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Indicó que el traslado inicial de la demandante al RAIS se efectuó con Colfondos S.A. en el año 1995 como se evidencia en el certificado de Asofondos, posteriormente, la accionante ratificó su voluntad de permanencia en dicho régimen al trasladarse de Colfondos S.A. a Porvenir S.A., afiliación que estuvo vigente hasta septiembre de 1998, pues la demandante realizó un traslado horizontal a Colfondos S.A.

Aclaró que la afiliación de la demandante a Porvenir S.A. fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 00930083, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y 54A del CPTSS.

Precisó que la actora manifestó al suscribir el formulario de traslado con Porvenir S.A., ser consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado, de la pérdida del régimen de transición, así como su derecho de retracto, lo que constituye una ratificación del acto de traslado del régimen pensional.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Patricia Martínez Labrador al RAIS, efectuada el 1° de septiembre de 1995 por intermedio de Colfondos S.A. y, en consecuencia, condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción por gastos de administración y de traslado y que estén contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, para lo cual concedió el término de un (1) mes; así mismo, condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de gastos de administración y de traslado, concediendo para ello el término de 1 mes. Finalmente condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral y decidió declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y absolver a Colpensiones de los demás pedimentos incoados en su contra.

En síntesis la A Quo indicó que ese despacho ha acogido la postura mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia desde sentencias como la SL 31989 del 2008, SL 33083 del 2012 y SL 1450 y 1858 del 2019, entre otras, en el sentido que para tener el traslado de régimen pensional como precedido de la voluntad y el deseo del afiliado, se requiere que la AFP haya suministrado

información completa, clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de este, así mismo el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario, como mínimo, acerca de las ventajas y desventajas, características de cada uno de los regimenes, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, teniendo la AFP el deber de suministrar dicha información, deber que surge desde el año 1993 con la Ley 663 y también con la Ley 100, normas en las que se indica que las AFP tienen la obligación de actuar con transparencia en sus operaciones dando a los usuarios la información necesaria para que cuenten con los elementos de juicio claros y objetivos para que escojan la mejor opción del mercado.

Para el caso concreto, dijo, no se demostró que a la demandante la AFP Colfondos S.A., le hubiera brindado la información antes descrita, con el fin de que pudiera elegir la mejor opción que le conviniera y asumir las consecuencias a futuro, pues por parte de Colfondos se allega el formulario de afiliación, donde hay una leyenda preimpresa que hace constar que la elección de régimen es de manera libre y espontánea y en tal sentido las sentencias SL 19447 del 2017, 4964 de 2018 y 1452 de 2019, han expuesto que estos formatos contienen leyendas preimpresas que a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.

Frente al tema del reconocimiento pensional, expuso que es Colpensiones quien tiene a cargo la obligación pensional de la demandante desde el momento en que se haga efectiva la anulación o devolución de los aportes que la financian, situación que tiene un soporte lógico y es que una vez se actualice el histórico laboral de la demandante y con base en esta, debe ser Colpensiones la que establezca si realmente le asiste el derecho a la demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Precisó que no comparte la condena a esa AFP de trasladar los gastos de administración teniendo en cuenta que lo que se declara en el proceso es una ineficacia en sentido estricto, por lo que debe ceñirse al contenido del artículo 271 de la Ley 100 del 1993, en el sentido que el efecto jurídico de esta ineficacia es dejar libre al afiliado, por lo que no tiene razón jurídica el que se obligue a Porvenir S.A. a trasladar los gastos de administración ya que, primero estas son obligaciones de tracto sucesivo y por tanto no susceptibles de restitución, y segundo porque en ninguna parte se establece el retrotraer las cosas a su estado original como efecto de la ineficacia, pues estos son los efectos de las nulidades.

Dijo que, en tal sentido no hay razón para que Porvenir S.A. traslade los gastos de administración, pues si en la ineficacia se genera la situación de retrotraer las cosas a su estado original entonces la demandante tendría que restituir los ejercicios financieros, situación que no ocurre en este caso.

COLPENSIONES

Indicó que en este caso no se está frente a lo dispuesto en los artículos 1508 a 1510 y 1740 y siguientes del Código Civil, pues de las pruebas allegadas al plenario se evidencia que la parte demandante firmó el formulario de afiliación a Colfondos de manera libre, voluntaria y sin presiones, además de que se trasladó de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal B.

Respecto de la carga de la prueba, dijo que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existió o no un vicio del consentimiento entendido como el deber de información

pues en un contrato de afiliación, es el afiliado el que le debe al fondo la realización de sus aportes hasta que se pensiona, por lo cual el fondo de pensiones no es a quien le compete la carga de la prueba, existiendo una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, adicionalmente se torna imposible demostrar hechos ocurridos hace más de 20 años, cuando nadie está obligado a lo imposible.

Frente al deber de información, si bien el precedente de la Corte Suprema de Justicia utiliza como norma a aplicar el Decreto 663 de 1993, este sólo se materializo a través de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015 pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre y voluntario y sin presiones, por cuanto las leyes que surgieron en el año 1993 a 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde costaban la voluntad de permanecer al RAIS, siendo este el caso de la actora.

Indicó que no se trata de aplicar indiscriminadamente y de forma directa las decisiones de la Corte Suprema de Justicia para todos los casos, sino que se debe de analizar si en la presente hubo falta de información, si se produce un efecto como lo es el perder el régimen de transición pensional, o si lo que se busca es ignorar las normas porque la parte demandante no se encuentra con su mesada pensional en el RAIS.

Refirió que la demandante es una persona que ha estado afiliada por más de 20 años al RPM por lo que pretender ahora que el sistema sea solidario y se vea beneficiada con aportes que no ha realizado, sería una situación que pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que siempre han cotizado al mismo.

En caso de no revocar la sentencia, solicitó condicione su cumplimiento por parte de esa entidad, a la devolución previa de las sumas indicadas en el fallo.

Finalmente, solicitó que no se le condene en costas, pues no participó en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato suscrito entre partes ajenas a la entidad.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 2 de junio de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por

resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

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

(...)”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios

a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

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

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

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:

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

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

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

f) Posteriormente en SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019 al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, lo siguiente:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le

permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 01/10/1986 (fl 124); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 15/09/1995 a través de la A.F.P Colfondos S.A (fl 180); **iii)** posteriormente, se trasladó de manera horizontal el 29/07/1997 a la AFP Porvenir S.A. (fl. 229), y posteriormente regresó a Colfondos S.A. el día 20/08/1998 (fl. 179) y **iv)** que el día 22 de junio de 2018 (fls. 45 y 48) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folio 180 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 15/09/1995 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por*

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

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados están en libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1995, fecha de traslado de la accionante, las mismas no tuvieran esa obligación, y en el caso bajo estudio no fue demostrado por parte de Colfondos S.A. que al momento del traslado inicial de la demandante se hubiese cumplido dicho deber, el cual, se juzga al momento del traslado inicial.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos S.A., 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, lo que da al traste con el argumento expuesto por Colpensiones al sustentar su recurso.

Ahora, teniendo en cuenta que la demandante efectuó traslados entre AFP del RAIS, esto es de Colfondos S.A. a Porvenir S.A., para luego regresar a Colfondos S.A., conviene resaltar que, tal y como se expuso en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el traslado efectuado entre administradoras del RAIS, por el paso del tiempo, la permanencia en la AFP o el pago de los aportes.

Ahora bien. Frente al punto concreto de apelación de la A.F.P. PORVENIR S.A. que advierte la inconformidad con el fallo de primera instancia por cuanto ordenó además la devolución de cuotas o gastos de administración, debe decirse que la Sala comparte la decisión, que además se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

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

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

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

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

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

toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, ello debidamente indexado.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación

En lo que respecta a la afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Frente al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Colfondos S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la

construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

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

Finalmente, en cuanto a la exoneración de costas pretendida por Colpensiones, es de anotar que, a juicio de esta Sala de Decisión, acertada resulta la decisión de primer grado en el sentido de no condenar por este concepto a esa entidad, ya que esta resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas debido a que técnicamente es el condenado a recibir de regreso al afiliado como consecuencia lógica de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionada Colfondos S.A. y Porvenir S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: **SIN COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310502120180063701

Demandante: **PATRICIA MARTÍNEZ LABRADOR**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 016

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ LUIS GARCÍA FORERO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

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

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes cancelados, junto con los rendimientos, y a Colpensiones, que reciba dichos aportes y los traslade a la historia laboral del actor.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Nació el 15 de agosto de 1955; **2)** Del 23 de enero de 1984 al 30 de noviembre de 1998 cotizó 761,71 semanas al ISS; **3)** El 1° de enero de 1999 atendió la solicitud de traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al RAIS; **4)** El asesor de Porvenir S.A. no le entregó la suficiente información para garantizarle el derecho a escoger de forma correcta el régimen pensional; **5)** Estuvo afiliado al fondo ING hoy Protección S.A. entre septiembre de 2003 y julio de 2006, cotizando un total de 150 semanas; **6)** A partir del mes de agosto de 2006 retornó a Porvenir S.A.; **7)** El 6 de septiembre de 2017 radicó peticiones ante Porvenir S.A. y Colpensiones, solicitando declarar nula su afiliación al RAIS de fecha 1° de enero de 1999; **10)** A dicha petición dio respuesta Porvenir S.A., de manera negativa.

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 44 a 70), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Expuso que, vistos los hechos de la demanda se concluye que en el presente caso no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Finalmente dijo, que en caso de tenerse por existente la nulidad alegada, la misma se encuentra saneada en los términos del artículo 1752 del Código Civil.

PORVENIR S.A. (fls. 84 a 110), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el demandante no puede aducir que fue engañado,

ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto.

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

Posteriormente, en audiencia celebrada el 23 de julio de 2019, como medida de saneamiento del proceso, se ordenó la vinculación de **PROTECCIÓN S.A.**, (fl. 143 a 167), entidad que se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta presentadas y propuso 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 la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Adujo que brindó una asesoría completa y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación del demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Indicó que, tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de la afiliación, pues Protección S.A. jamás ha ejercido ni ejerce, ni ejercerá fuerza o presión sobre una persona para que se afilie a esta AFP, y nunca ha atentado contra el derecho del demandante a la selección libre, voluntaria y espontánea del organismo de seguridad social al que quiso pertenecer, acorde a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, indicó que el demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues el actor no ostenta la calidad de pensionado ni es beneficiario del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por José Luis García Forero del RPM al RAIS acaecido el 23 de noviembre de 1998 incluidos los traslados horizontales, por lo que ordenó a la AFP Porvenir S.A., que traslade a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración y a esta última a recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, así mismo, ordenó a Porvenir

S.A. y Protección S.A. a devolver a Colpensiones los dineros que recibieron por concepto de gastos de administración.

En síntesis, la *a quo* expuso, sobre la ineficacia del traslado, que la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias, entre las que se encuentra la SL 1452 del 2019, ha expuesto que desde su creación las AFP se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir un juicio claro, objetivo y libre de las mejores opciones del mercado, además, ha considerado que dada la doble calidad de las AFP como entidades de servicios financieros y entidades de la seguridad social el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso, pues de su ejercicio dependen intereses sociales.

Dijo que la mentada Corporación también ha manifestado que la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado y si este alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca y en este caso ello se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta y por ello corresponde a la AFP demostrar tal supuesto.

Descendiendo al caso concreto, indicó que bajo la inversión de la carga de la prueba, le correspondía a Porvenir S.A. demostrar qué tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y afiliación a esta AFP y si la misma fue veraz, además de que el afiliado comprendiera las consecuencias tanto positivas como negativas de su decisión, lo cual no aconteció en este caso, pues Porvenir S.A. no aportó prueba alguna que demostrara que al demandante se le había brindado una debida información.

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

Expuso, que la solicitud de nulidad y/o ineficacia de la afiliación persigue un derecho pensional, el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un periodo determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de allí que esta no prescriba.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Precisó que, se declaró la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que se aplica cuando existen actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador, lo que supone un dolo, el cual no fue ni manifestado y menos probado dentro del proceso.

Indicó que el verdadero problema jurídico en este caso se limitar a determinar la existencia del error como vicio del consentimiento en el negocio jurídico, pues de allí se derivan las consecuencias pretendidas.

Expuso que es conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, frente al examen que determina la obligación de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, resaltó que el formulario de afiliación es necesario y elemental como prueba en el marco de las afiliaciones de regímenes pensionales, por lo que se estructura como una prueba ad substantiam actus, contemplado artículo 256 del Código General de Proceso, por lo que la interpretación que se le da a este elemento material probatorio no está sujeta al arbitrio judicial sino que es un imperativo de ley.

Frente al deber de información a cargo de las administradoras indicó que se debe ubicar el caso en el marco temporal que se dio al momento de la afiliación del demandante, esto es en el año 1998, resaltó que la circular 019 de 1998 donde

se dispuso la obligación de entregar cálculos proyecciones actuariales acerca del futuro profesional de los potenciales afiliados, solamente se materializó a través de los Decretos 1748 del 2014 y 2071 del 2015, por lo que la información que se le brindo al potencial afiliado el demandante para realizar su afiliación inicial con Porvenir en el año 1998 se encuentra acorde según los términos y exigencias establecidas para dicha época, además, al momento en que el demandante decidió firmar el formulario de afiliación, se activó el principio del autocuidado.

Frente a la orden de devolución de gastos de administración manifestó que ello no se debe ordenar, pues este concepto no está dentro de los indicados en el literal B del artículo 103 de la Ley 100 del año 1993, además que no está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, adicionalmente, expresó que estos gastos de administración, al no corresponder a valores que pertenecen los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales por cuanto no financian la prestación de vejez ni son parte integrante de ella, deben ser objeto de prescripción.

PROTECCIÓN S.A.

Solicitó revocar la condena frente a los gastos de administración, pues este es un descuento autorizado por la ley que faculta a los fondos privados para realizar una deducción de un porcentaje sobre el valor que ellos aportan al sistema general de pensiones, el cual se usa para cubrir los gastos de administración y opera en ambos regímenes tanto en como en el RAIS como en el RPM.

Precisó que en el expediente obra como prueba el certificado de aportes donde se evidencia que mientras el demandante estuvo afiliado a dicha entidad sus aportes generaron unas

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

ganancias, lo que da cuenta estos fueron debidamente administrados por esa AFP y los dineros correspondientes a los aportes del demandante fueron trasladados en su totalidad la AFP Porvenir.

Por ello, Protección S.A. no cuenta con ningún dinero correspondiente a los aportes que realizó el demandante y por ello, la condena a devolver los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y del demandante, por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión.

Resaltó que en este caso esa AFP actúa como tercero de buena fe, ya que desconoce las circunstancias de modo, tiempo y lugar que dieron origen al traslado de régimen del demandante, también señaló que en este asunto no se discutió una condena de perjuicios, por lo que al tener que asumir la devolución de los gastos de administración ello sería con cargo a su propio patrimonio, lo que sin duda es una condena en perjuicios, lo que no fue materia del litigio.

COLPENSIONES

Precisó que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por el error, toda vez que el mismo no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP Porvenir por no tratarse de un error dirimente o un error de nulidad que es aquel que por esencia afecta a la validez del acto, tampoco se puede establecer la existencia del dolo con artificios de engaño por parte de los asesores del RAIS que indujeran al demandante a error al momento de afiliación.

Expuso que tampoco se está frente a los consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falte alguno de los requisitos que la ley

prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento, además, de acuerdo al artículo 1750 del Código Civil el plazo para pedir la rescisión de un contrato es de 4 años y teniendo en cuenta que el demandante se trasladó el 01/01/1999 tenía derecho al retracto hasta al año 2003, retracto que no uso.

Dijo, que deben tenerse en cuenta ciertos comportamientos y actividades que demuestran el interés de un afiliado en permanecer en el RAIS y citó la sentencia SL 413 del 2018, en la que se indica que lo importante es que exista correspondencia entre la voluntad de acción, es decir que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda el deseo del trabajador de permanecer régimen pensional determinada, situación que en el presente caso se observa teniendo cuenta que el demandante se trasladó del régimen pensional hace aproximadamente 20 años, por lo cual ha demostrado interés de permanecer en el RAIS, máxime cuando se trasladó entre administradoras de este y, habiendo tenido la oportunidad de retornar a Colpensiones no lo hizo.

Expuso que por el solo hecho de ser una asesoría verbal y no constar por escrito no le quita el carácter de ser una asesoría, resaltó que el fallo no tiene en cuenta las diferentes etapas del deber de información, decidiendo de forma genérica los casos de nulidad de traslado, por ello la importancia de estudiar los casos en concreto teniendo en cuenta la normativa aplicable para esa época y como quiera que el demandante se trasladó en el año 1999 para esa época no se exigía esa doble asesoría.

Mencionó el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues al declarar la ineficacia de la afiliación del demandante se está quebrantando este principio de la sostenibilidad financiera, pues está generando una situación caótica en la planeación del pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando al

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801
Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

sostenimiento del mismo, por lo cual se está desdibujando totalmente el RPM.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 07 de julio de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

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

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

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

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

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

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

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

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

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

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

f) Posteriormente, en cuanto a la posible descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 23/01/1984 (fl 67); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 23/11/1998 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl 97); **iii)** que el día 29/07/2003 efectuó traslado entre administradoras del RAIS al trasladarse a la AFP Santander hoy Protección S.A. (fl. 152) y retornar nuevamente a Porvenir S.A. el 28/06/2006 (fl. 98); y **iv)** que el día 06/09/2017 (fl. 24-25) solicitó a las accionadas traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por estas.

Pues bien, a folio 97 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 23/11/1998 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado*

el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado del accionante, esto es 23 de noviembre de 1998, debió cumplirse con el mentado deber, lo cual, se reitera, no fue demostrado en el presente asunto.

Tampoco se desprende el deber cumplido de la accionada ni con los documentos arrimados al plenario, ni con el interrogatorio de parte rendido por el demandante, pues de ninguna de las respuestas dadas en la diligencia se puede verificar confesión alguna en su contra, por cuanto sus dichos no demuestran que la actora hubiese recibido información clara concreta y suficiente de las consecuencias que implicaba el traslado de régimen, en los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, precisando que no se le está restando valor probatorio al formulario de afiliación, ni mucho menos se está desconociendo, sino que con este no se da por demostrado el deber de información.

Así las cosas, al no demostrarse por parte de Porvenir S.A. que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado, tal como se señaló en la pluricitada SL 1688-2019:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de

reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Frente al asunto de inconformidad de los demandados relativo a la orden de devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ha de indicar la Sala que esta decisión se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

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

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

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

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

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

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

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

Ahora bien, en cuanto al argumento presentado por Porvenir S.A. referente a que el demandante debe tener autocuidado para con sus decisiones, si bien ello resulta acertado, esto no supe la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

En lo que respecta al saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

En cuanto a la afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la*

exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

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

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

Código Único de Identificación: 11001310502220170071801

Demandante: **JOSE LUIS GARCÍA FORERO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro voto!

Código Único de Identificación: 11001310502320200017601

Demandante: **MARTHA ROCIO OBANDO LÓPEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 016

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA ROCIO OBANDO LÓPEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) que realizó la demandante en el mes de mayo del 2003 a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones la totalidad de los dineros que hubiere recibido tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos, intereses y/o rendimientos causados, y a esta última a recibir sin solución de continuidad a la actora.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Desde el 15 de marzo de 1988 hasta el 30 de marzo de 2003 estuvo vinculada al ISS; **2)** Para el 30 de marzo de 2003 acumuló un total de 611 semanas cotizadas en el ISS; **3)** Para el mes de marzo de 2003, cuando laboraba en Alfa Ingenieros S.A.S., los asesores de Porvenir S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional; **4)** El asesor de Porvenir S.A. le manifestó que el ISS se iba a acabar y por ello perdería lo cotizado, que en el RAIS obtendría mayores rendimientos, que podía pensionarse en el momento que quisiera; **5)** El 17 de marzo de 2020 radicó derecho de petición ante Colpensiones, solicitando se declarara la nulidad del traslado de régimen, petición que fue contestada mediante oficio de fecha 22 de abril del 2020 de manera negativa; **6)** El 12 de marzo de 2020 se radicó ante Porvenir S.A.

derecho de petición solicitando la nulidad del traslado, petición que no ha sido respondida.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fl. 28 Archivo "Contestación Colpensiones), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

Precisó que la demandante presentó solicitud de traslado al RPM ante Colpensiones el 17 de abril de 2020, data para la cual contaba con 50 años, por lo que se encontraba inmersa en la prohibición legal para realizar el traslado y al no contar con 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994 resulta improcedente el traslado solicitado.

Expuso que con el traslado de régimen la demandante no se vio afectada pues no era beneficiaria del régimen de transición y no tenía una expectativa legítima para adquirir su derecho pensional en el RPM, por lo que en ella recae la carga de la prueba.

Indicó que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las AFP obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, legalidad y debido proceso.

PORVENIR S.A. (Fl. 28 Archivo CONT Porvenir 2020-176), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

Adujo que, el traslado de régimen de la actora fue una decisión libre e informada, tomada luego de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS, así como sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público y que se presume auténtico, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Precisó que la actora estuvo por 18 años en el RAIS, pero aduce no tener conocimiento acerca de las condiciones y beneficios del traslado de régimen, además de manifestar que no recibió asesoría cierta y veraz, sin embargo, la demandante nunca expresó inconformidad alguna por la ausencia de información o solicitó el traslado de régimen en los tiempos establecidos para ello, y ahora que se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 argumenta que fue engañada sin probar tal afirmación.

Afirmó que esa AFP ha obrado siempre de buena fe y conforme lo dispuesto en las normas vigentes tanto para el momento de la afiliación como las en vigor, cumpliendo con las obligaciones respecto al deber de información.

Adujo que no es procedente impartir condena alguna por gastos de administración, pues conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media también se descuenta un porcentaje para los gastos de administración, los cuales no forman parte integral de la pensión y por ello están sujetos a la prescripción.

Mencionó que al ordenar el traslado de estos gastos de administración a Colpensiones, se configura un enriquecimiento ilícito a favor de esa entidad, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, pues en forma clara el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando se da un cambio de régimen, dentro de los cuales no están los gastos de administración, lo que evidencia que estos no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta del afiliado.

Finalizó diciendo que, en caso de acceder a las pretensiones de la demanda debe condenarse igualmente a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, tal y como lo ha decantado la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en tratándose de las restituciones mutuas.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo dictó sentencia condenatoria, declarando ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de las aseguradora, con todos sus frutos e

intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto. Así mismo, declaró que la actora se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida y no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

En síntesis expuso que, si bien es cierto para la época en que se dio el traslado de la demandante, esto es en el año 2003, no se puede hablar de obligaciones tan fuertes o información tan cierta como la que está establecida hoy en día, pues son obligaciones que surgieron con posterioridad al año 2014, lo cierto que para esa época sí existía una obligación de brindar una información cierta, suficiente y clara acerca de las características, diferencias y condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, con el fin de que la persona tomara una decisión debidamente informada, en la que hubiera podido comparar esos dos regímenes, adecuarlos a su situación particular y haber escogido el que más le convenga.

Precisó que la AFP no allegó pruebas suficientes con el propósito de acreditar que en este caso particular le suministró a la actora toda la información necesaria y relevante que llevó consigo la migración del régimen pensional, pues conforme la inversión de la carga de la prueba le correspondía a la AFP demandada demostrar que existió una explicación sobre las implicaciones del cambio de régimen, lo cual no se cumplió.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Solicitó tener en cuenta lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, referente a que los afiliados a quienes les faltare 10 años o menos para cumplir la edad exigida para

adquirir el derecho a la pensión de vejez no podrán trasladarse de régimen, limitante que, conforme sentencia de la Corte Constitucional, no operaba para el caso de los beneficiarios del régimen de transición, situación que no opera en este asunto, ya que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad ni por semanas cotizadas.

Adujo que el deber de información que tienen las AFP ha tenido varias etapas, por lo que se hace necesario verificar en cuál se encontraba al momento del traslado de la demandante, esto es en el año 2003.

Expuso que se da un “alcance erróneo” a los contenidos de los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994 en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación, pues el artículo 11 del último de los citados establece que con solo la suscripción del formulario el afiliado está aceptando las condiciones propias del régimen que está seleccionando y por ello no se puede establecer una regla general y con ello presumir una responsabilidad objetiva para todos los casos de ineficacia de traslado.

Indicó que del interrogatorio de parte se puede extraer que a la demandante sí le fue suministrada información, ya que en esta diligencia señaló que si se encontraba en el RAIS no necesitaba una edad o número de semanas para pensionarse, que en el RPM necesitaba esas condiciones para pensionarse, que en caso de muerte su dinero consignado en el RAIS podría heredarse a sus familiares, que en el RAIS obtendría mejores rendimientos, lo que demuestra que su traslado fue suficientemente informado.

Precisó que debe tenerse en cuenta que no puede considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa pues incluso la misma ley previó distintos deberes en cabeza de ellos con el fin de que por interés propio puedan asesorarse de la mejor manera, además, que no pueden

desconocerse las situaciones que rodean cada caso, especialmente cuando nadie pueda alegar su propia culpa en su favor, máxime cuando existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones.

Concluyó diciendo que el silencio en el transcurso del tiempo se entiende como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, siendo la única manera de desvirtuar ello, demostrar la pre existencia de una fuerza que hubiera viciado el consentimiento, sin embargo en el presente proceso no se aportan pruebas suficientes que acrediten la existencia de un vicio en el consentimiento de la demandante.

PORVENIR S.A.

Precisó que a esa entidad no le era obligatorio brindar la misma información a la demandante teniendo en cuenta la Circular número 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera materializado el traslado del régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, de manera que esa entidad cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, siendo la permanencia de la actora en el RAIS una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado en el tiempo, tampoco es razonable deducir que la ineficacia del traslado sea por falta de consentimiento por vicios en el mismo, ya que Porvenir brindó a la demandante una asesoría oportuna, donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en el formulario suscrito por la demandante.

Por lo anterior, dijo en este asunto se presenta el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil relativos al saneamiento y consentimiento por ratificación tácita

la cual opera de manera automática teniendo en cuenta que la demandante realizó aportes y solicitudes frente al régimen de ahorro individual, primero con Horizonte y luego con Porvenir, ratificando así su voluntad de permanecer en el RAIS y saneando algún vicio del consentimiento, igualmente con el paso del tiempo.

De otro lado, expuso, no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración pues, conforme lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina un 3% de cotización para financiar los gastos de administración pensión de invalidez y sobrevivientes, además, dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción, además, al ordenar la devolución de estos gastos se está configurando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, siendo esta una contraprestación a la excelente gestión que realiza el fondo, en este caso Porvenir, administrando las cotizaciones hechas por la demandante.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de junio de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen

consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación

aportes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada

durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o**

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

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 15/04/1988 (fl 28 Archivo "Contestación Colpensiones"); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 01/05/2003 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (Fl. 28 Archivo CONT PORVENIR 2020 176); y **iii)** que los días 12/03/2020 y 17/04/2020 (fl 28 Archivo "Contestación Colpensiones") solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folio 28 (Archivo CONT PORVENIR 2020 176) se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 01/05/2003 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado."*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, con lo que no es de

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

recibo el argumento presentado por Porvenir S.A. al momento de sustentar su apelación, pues si bien para el momento del traslado de la accionante en el año 2003 no era obligatorio dejar documento adicional que probara la asesoría dada, no es menos cierto que ello pudo haberse demostrado con cualquier otro de los medios probatorios que consagra la legislación, pues el formulario de afiliación no es suficiente para dar por demostrado el deber de información.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es en el año 2003, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Porvenir S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

Por ello, al no demostrarse por parte de Porvenir S.A., AFP a través de la cual la demandante realizó el traslado de régimen, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos,

siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien. Frente al punto concreto de apelación de la A.F.P. PORVENIR S.A. que advierte la inconformidad con el fallo de primera instancia por cuanto ordenó además la devolución de cuotas o gastos de administración, debe decirse que la Sala comparte la decisión, que además se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

En lo que respecta al saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS, o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen, siendo pertinente recordar

que, si bien la actora también tiene obligaciones al ser consumidora financiera y nadie puede alegar su propia culpa, esto no supe la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, al sustentar su recurso Porvenir S.A. adujo que la demandante afirmó conocer las características del RAIS, para lo cual la Sala se remite a lo expuesto por la accionante en el interrogatorio de parte por ella rendido, en el que dijo que tuvo una charla grupal con los asesores de Porvenir S.A., quienes les manifestaron que Colpensiones se iba a acabar, que en el RAIS iban a tener mejores rendimientos y tasas, que no necesitaban tener la edad ni las semanas cotizadas para pensionarse, que la pensión se podía heredar, sin que se le explicaran las características del RAIS, dichos que no demuestran que la demandante conociera de las características propias del RAIS o del RPM y menos aún desprende confesión que pueda perjudicarla, con lo que no puede decirse que la señora Obando López hubiere recibido la información completa, clara, precisa y veraz.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del*

Código Único de Identificación: 11001310502320200017601

Demandante: **MARTHA ROCIO OBANDO LÓPEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

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

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

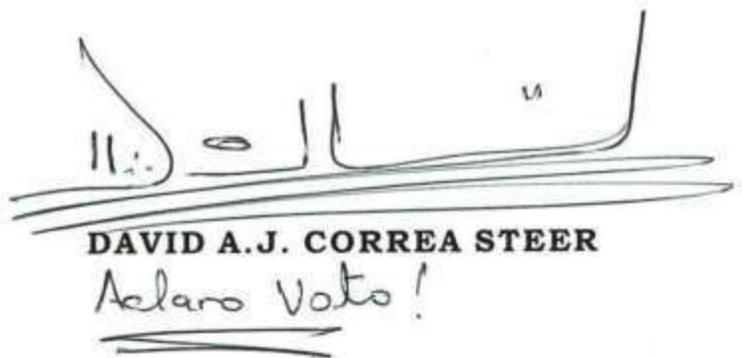
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310502920180058501

Demandante: **ANGIE ESPERANZA ALEJO CASTAÑEDA**

Demandado: **MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S. Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 016

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **ANGIE ESPERANZA ALEJO CASTAÑEDA** promoviese contra **MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S. y CLÍNICA LOS NOGALES S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS Y PRETENSIONES

La activa aspira a que por medio de sentencia ejecutoriada se declare que entre ella y **MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S. y CLÍNICA LOS NOGALES S.A.S.**, se mantiene una relación laboral a término indefinido desde el 12 de diciembre de 2013.

Como consecuencia de ello, solicita:

- i) Se declare sin efectos su despido, ordenándose su reintegro al mismo cargo, con igual remuneración, beneficios y en las condiciones laborales ordenadas por el médico tratante;
- ii) Se condene en solidaridad a las demandadas al pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de percibir desde su despido hasta que sea efectivamente reintegrada;
- iii) Se condene al pago de la sanción moratoria, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y una indemnización por daños morales.

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

1) Del 1° de agosto de 2013 hasta el 10 de abril de 2014 se desempeñó como terapeuta respiratoria en la Clínica Los Nogales, por medio de un contrato a término fijo inferior a un año; **2)** El 11 de abril de 2014 fue contratada por Medically Talento Humano S.A.S. para desempeñar las mismas funciones del cargo de terapeuta respiratoria, en las mismas instalaciones de la Clínica Los Nogales; **3)** A partir del 2015 empezó a padecer fuertes dolores abdominales y en la extremidad inferior derecha, que resultaron ser varias enfermedades urinarias diagnosticadas como pielonefritis y “disfunción Miccional-vs rúa idiopática”, que en varias ocasiones la han obligado a depender de medicamentos, antibióticos y a estar hospitalizada; **4)** El 5 de noviembre de 2016 fue hospitalizada y su médico tratante formuló recomendaciones y restricciones médicas; **5)** El 17 de mayo de 2017 se llevó a cabo una junta médica de urología, en la cual se dictamina que su jornada laboral máxima debe ser de 12 horas, ordenando una serie de terapias; **6)** Lo anterior le es comunicado a su empleador, quien decide remitirla a medicina laboral, para lo cual se dirigió a Asoder Consultores S.A.S. para ser valorada por un médico especialista en medicina

ocupacional; **7)** Su enfermedad ha ido empeorando progresivamente; **8)** El 14 de agosto de 2018 el médico especialista tratante expidió la recomendación de no permanecer por más de una hora de pie, ni realizar caminatas por más de 40 minutos, además de otros ejercicios; **9)** Es madre soltera del menor Samuel Alejandro Liz Alejo, quien padece una enfermedad huérfana diagnosticada como “hiperlaxitud ligamentaria severa y síndrome convulsivo idiopático”; **10)** El 5 de mayo de 2018 inició su jornada laboral de 12 horas y dentro de sus pacientes se encontraba el menor Oliver Marceau Castro con diagnóstico de bronquiolitis, quien, según la planilla, tenía órdenes médicas de realizar nebulizaciones con adrenalina y solución salina cada 6 horas; **11)** De ese procedimiento quedaron debidamente informados sus empleadores y el 6 de mayo de 2018 se informó vía telefónica y por escrito a la Coordinadora del Servicio de Fisioterapeuta, quien era su superior; **12)** El 13 de julio de 2018, mientras prestaba su turno en horas de la noche, fue llamada a rendir diligencia de descargos por el abogado del empleador, por el presunto incidente sucedido el 5 de mayo con el menor Oliver Marceau Castro, por el suministro del medicamento de adrenalina, ya que, según el empleador, le causó al menor “bronco constricción”; **13)** En la diligencia de descargos se evidenciaron varias “irregularidades” que afectaron el debido proceso; **14)** El 8 de agosto de 2018 fue despedida, tomando como justa causa los señalado en la diligencia de descargos; **15)** Interpuso acción de tutela en contra de Medicall Talento Humano S.A.S., que fue conocida por el Juzgado 37 Penal Municipal de Bogotá, quien amparó de manera transitoria sus derechos; **16)** Al momento del despido percibía un salario de \$2.205.900, pero con los recargos nocturnos, dominicales y demás factores salariales, tenía una remuneración promedio mensual de \$3.500.000.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificada en debida forma, la parte pasiva presentó las siguientes contestaciones.

CLÍNICA LOS NOGALES S.A.S. (fls. 330 a 353), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de solidaridad, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y pago e inexistencia de fuero de estabilidad laboral reforzada.

Indicó que, esa sociedad suscribió contrato de mandato con representación con la entidad Medicall Talento Humano S.A.S. el 2 de enero de 2014, siendo pactada la obligación de prestar los servicios de salud de carácter asistencial con plena autonomía técnica, financiera, científica y administrativa, aunado a lo anterior se estableció que el mandatario, esto es Medicall Talento Humano S.A.S., desarrollará el proceso por sus propios medios, equipos, insumos y personal, sin que medie entre las partes relaciones de subordinación, manejo y administración de los procesos y/o subprocesos asistenciales.

Expuso que, sin perjuicio de lo anterior, las pretensiones de la demandante no pueden prosperar ya que no existe prueba científica que la califique dentro de uno de los grados de limitación moderada, severa y profunda que establece la ley, tampoco existe prueba del conocimiento de dicha limitación en cabeza de esa sociedad por la postísima razón de que no existe, la terminación del contrato de trabajo de la demandante se dio con ocasión de una causal objetiva.

MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S. (fl. 367 a 603), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de causa sustantiva para la acción, cobro de lo no debido, prescripción,

buena fe, enriquecimiento sin justa causa, compensación, improcedencia del reintegro y/o fuero de estabilidad laboral reforzada por discapacidad y la innominada.

Expuso, en síntesis, que la demandante no cuenta con fuero de estabilidad laboral alguno, conforme lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ya que a la finalización del vínculo laboral no se encontraba en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, ni se encontraba en situaciones de debilidad manifiesta.

Precisó que esa sociedad dio por terminado el contrato de trabajo de la actora con justa causa, pagando la liquidación definitiva, teniendo en cuenta que para la época del despido la trabajadora no gozaba de ningún fuero de estabilidad laboral.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo del 18 de enero de 2021, en la que dictó sentencia **absolutoria**.

Para arribar a tal decisión, la *a quo* indicó, en primer lugar y frente al vínculo laboral, que de las pruebas recaudadas se demostró que la vinculación laboral de la demandante lo fue con Medicall Talento Humano S.A.S., la cual estuvo vigente hasta el 8 de agosto de 2018.

Precisó que, en este caso la terminación del contrato de trabajo quedó demostrada, pues se aportó carga de terminación del contrato y como hecho generador de esta terminación se alegó la conducta desplegada por la demandante, que consistió en suministrar a un paciente menor de edad un medicamento (adrenalina) que había sido suspendido por el médico (pediatra) tratante, en razón a que le ocasionó un problema respiratorio al menor, siendo esta la conducta que se le endilga como justa

causa para dar por terminado el contrato de trabajo, conducta que fue aceptada por la demandante tanto en la diligencia de descargos aportada como en el interrogatorio de parte rendido y los testigos, por lo que no hay duda de que la demandante suministró un medicamento prohibido a un paciente.

Igualmente refirió que, en la carta de terminación del contrato se hace alusión al Reglamento Interno de Trabajo, al incumplimiento de las funciones de la demandante y a la causal legal establecida en el literal a) del artículo 62 del CST en su numeral 8, esto es, cualquier violación de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales, reglamentos, así siendo una de las actividades propias que tenía la demandante para con su empleador, como era la de realizar las correspondientes terapias y suministrar los medicamentos, el juzgado encontró que dicha conducta reviste tal gravedad que ameritaba la terminación del vínculo laboral, no solo a la luz de las obligaciones y prohibiciones que tenía el Reglamento Interno de Trabajo y el propio contrato, sino la misma ley, con lo que se demostró que se incurrió en una justa causa para la terminación del contrato de trabajo.

Indicó que, si bien fueron demostrados dentro del proceso los padecimientos de salud de la demandante, así como las incapacidades que padeció desde el año 2015 hasta el 2018, también se demostró con las pruebas recaudadas, que para la fecha de terminación del vínculo laboral no se encontraba incapacitada ni tampoco existía calificación de pérdida de capacidad laboral, ni tampoco estaba en ese momento bajo tratamiento médico, aclarando que, aunque hubiese estado bajo esas circunstancias, ante la presentación de una causal objetiva, el empleador se faculta para dar por terminado el contrato de trabajo, pues lo que la Ley protege es que se discrimine al trabajador por su estado de salud o discapacidad,

Código Único de Identificación: 11001310502920180058501

Demandante: **ANGIE ESPERANZA ALEJO CASTAÑEDA**

Demandado: **MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S. Y OTRA**

pero en este proceso no se demostró que la terminación del contrato de trabajo se hubiese dado por los padecimientos de salud de la actora.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 4 de mayo de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante auto del 18 de junio del 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual venció en silencio.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que le fueran totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario, se verificará la sentencia de primer grado.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación entiende la Sala que el **problema jurídico** a resolver, se circunscribe a determinar si las causas que se adujeron para el despido de la accionante el día 08 de agosto de 2018 devienen en justas para finalizar la relación laboral que unió a las partes, o si por el contrario debe declararse ineficaz el despido y en consecuencia debe reintegrarse a la demandante en virtud de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Del despido sin justa causa

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo

sin justa causa por parte del empleador, a cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte de la actora que dicha terminación se dio debido a la decisión unilateral de empleador.

Por su parte el empleador o demandado, tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto, que no hubo despido, sino que el fin del vínculo de suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión se encuentra amparada en reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sobre la materia, entre las que se citan las sentencias **SL 592 de 2014, Rad. 431105 y SL 2386 de 2020.**

También, de tiempo atrás, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha insistido en que, si bien no tiene incidencia la errada citación de normas que nada tienen que ver con las causas de terminación la relación laboral, sí importa y es fundamental que la parte afectada se entere del hecho justificante, o en otras palabras, que el trabajador tenga la posibilidad de identificar los motivos concretos que se le imputaron y que dieron lugar a su despido. Al respecto, se puede consultar las **sentencias del 25 de octubre de 1994, Rad. 6874, 02 de mayo de 2012, Rad. 42358, y más recientemente SL2123-2020.**

En esta última, expuso la Sala de Casación Laboral:

"(...) Debe aclararse que, aunque la sociedad demandada no citó la norma en que subsumió los hechos, ello no era un imperativo conforme lo tiene adoctrinado la sala, pues bastaba con identificar los motivos concretos que se le imputaron al trabajador y que dieron lugar a su despido, correspondiéndole al juez verificar si los motivos invocados estaban o no tipificados en el ordenamiento. Al respecto en sentencia CSJ SL 22041, 1° jun. 2004, se precisó:

Acerca de esa manera de invocar el motivo o la causa que determina el rompimiento del vínculo laboral, la Sala tiene definido que resulta suficiente que el empleador manifieste los hechos o motivos que dan lugar a la terminación de la relación laboral, sin que sea imperativo citar la norma en que se subsumen, pues corresponde al juez determinar si los mismos están tipificados como justa causa legal para romper el nexo contractual [...]."

VI. DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

A efectos de dar solución a la controversia jurídica planteada, se tendrán como supuestos fácticos, probados e indiscutidos en el proceso los siguientes:

- Entre la demandante y Medicall Talento Humano S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de abril de 2014, el cual finalizó el 8 de agosto de 2019 (fls. 12 a 22 y 27 a 31);
- El cargo desempeñado por la demandante fue el de terapeuta respiratorio (fl. 12);
- El 13 de julio del 2018 se efectuó diligencia de descargos a la demandante (fls. 23 a 26);
- El 8 de agosto de 2018 se le informó a la trabajadora la decisión de la empresa de dar por terminado su contrato de trabajo, con ocasión de las conductas acaecidas el 5 de mayo del mismo año (fl. 27 a 31);
- Mediante fallo proferido por el Juzgado 37 Penal Municipal de Bogotá el día 13 de septiembre de 2018, se concedió

parcialmente y de manera transitoria el amparo de los derechos fundamentales de la actora, ordenando a Medicall Talento Humano reintegrar a la accionante en los términos descritos en la sentencia, y advirtiendo a la actora que debía interponer la acción ordinaria respectiva dentro de los 4 meses siguientes a dicho fallo (fls. 43 a 52).

Pues bien. Al expediente se agregó, además de la documental de folios 4 a 290, 339 a 353 y 367 a 557, los interrogatorios de parte de ambos extremos litigiosos.

Del interrogatorio de parte de la demandante **Angie Esperanza Alejo Castañeda**, se tiene que: i) Para el 8 de agosto de 2018 no tenía incapacidad médica ni tampoco certificado de pérdida de capacidad laboral, ii) Para dicha fecha sí tenía recomendaciones, iii) Según el pediatra del paciente Oliver Marceau Castro estaba prohibido suministrar adrenalina al paciente.

Por su parte el representante legal de la demandada Medicall Talento Humano S.A.S., **Henry Ladino Díaz**, expuso que : i) El 16 de marzo de 2017, Asoder Consultores realizó un examen ocupacional a la demandante, entidad que no les comunicó recomendaciones de salud ocupacional para la demandante, ii) el hecho que dio origen a la apertura de descargos de la demandante, fue la indebida aplicación de un medicamento a un paciente, hecho que sucedió el 5 de mayo de 2018 , iii) en julio de 2018 se hizo una evaluación anual de la trabajadora, cuya evolución del desempeño fue del 75%.

De la documental, se tiene el **acta de descargos** rendida por la accionante el 13 de julio de 2018 (fls. 23 a 26 y 376 a 379) y la comunicación de fecha 08 de agosto de 2018 (fl. 27 a 31 y 371 a 375) cuyo asunto es: **“Terminación contrato de trabajo - justa causa”**, en donde se le comunicó a la hoy demandante los motivos y las razones concretas que llevaron a la terminación de su contrato, las cuales concuerdan con las

razones por las cuales rindió descargos en la diligencia del 13 de julio del mismo año.

Pues bien. Revisada la totalidad de la prueba arrimada a las diligencias, la Sala comparte la decisión de la A Quo, al evidenciar que la accionante incurrió en las conductas endilgadas por la demandada Medical Talento Humano S.A.S. para dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, ya que la misma accionante, tanto en la citada diligencia de descargos como en el interrogatorio de parte rendido dentro del presente proceso aceptó haberle suministrado, el día 5 de mayo de 2018, al paciente Oliver Marceau Castro el medicamento Adrenalina y que al momento de efectuar el procedimiento asistencial no tenía conocimiento de que dicho medicamento le estaba suspendido al paciente, pues ello lo verificó, pero después en la historia clínica.

Al respecto debe remitirse la Sala a la cláusula octava del contrato de trabajo suscrito entre las partes (fls. 12 a 22 y 383 a 394), el cual señala las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, en cuyo literal j) se encuentra la siguientes: *“La realización de cualquier infracción, error u omisión que comprometa la responsabilidad de Medicall Talento Humano S.A.S. así esta no haya sido declarada en instancia judicial o administrativa, para lo cual bastará el reconocimiento que Medicall Talento Humano S.A.S. haga de la misma”*, hecho que las partes acordaron considerar como constitutivo de una falta grave, a decir de dicho documento.

Ahora bien, es preciso indicar que, del análisis integral del material probatorio, la Sala no encuentra elementos de prueba suficientes, de los cuales se pueda desprender, no solo que fuera su condición de salud lo que motivó el despido por parte de la demandada Medicall Talento Humano S.A.S, sino además que para la fecha del despido, la actora contara con una pérdida de capacidad laboral, que esta fuese del 15%, o que su estado de

salud fuese notorio y del que pudiese al menos indiciariamente deducirse que el empleador conoció o debió conocer; nótese además que el documento de folios 59 a 61 - del 14 de agosto de 2018, denominado "historia clínica médica general" - en el que se da un parte médico de enfermedad general por disfunción vesical y estrechez uretral en seguimiento, donde se anotan algunas recomendaciones como "no mantenerse de pie más de una hora continua, ni realizar caminatas por más de 40 minutos" no tiene sello alguno de recibido o enviado a la empresa empleadora. En otras palabras, no existe prueba de que el empleador la haya discriminado y la haya despedido precisamente en razón de alguna discapacidad - al menos moderada - que padeciese a la fecha de terminación del contrato de trabajo y por el contrario emerge de la prueba que la terminación del contrato de trabajo obedeció a una justa causa de terminación del contrato de trabajo imputable a la trabajadora.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada por encontrarse ajustada a derecho.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



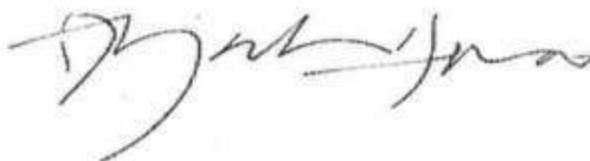
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000.00 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310503020190001601

Demandante: **NANCY AGRAY VARGAS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 016

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada PORVENIR S.A., y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 08 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **NANCY AGRAY VARGAS** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda **se pretende** se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS) efectuado a través de Porvenir S.A. con fecha de efectividad 1° de noviembre de 1999.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a Porvenir S.A., a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales y los rendimientos que se hubieren causado, y a esta última a recibir como afiliada a la actora, así como los valores que se ordenaron restituir y contabilizar lo pertinente en la historia laboral de la demandante.

De manera subsidiaria, solicita la declaratoria de ineficacia del mentado traslado.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes **hechos**:

1) Estuvo afiliada al ISS del 28/08/1982 a octubre de 1999; **2)** Se traslado a Porvenir S.A., AFP perteneciente al RAIS, con fecha de efectividad 1° de noviembre de 1999; **3)** Al momento de su traslado a Porvenir S.A. no fue asesorada o informada de manera clara, oportuna, veraz, adecuada, suficiente y clara, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen, sus beneficios, riesgos, ventajas y en general sobre las implicaciones sobre sus derechos pensionales; **4)** Mediante solicitud de fecha 15 de enero de 2019, pidió a Colpensiones el traslado de régimen, petición que fue rechazada; **5)** Actualmente se encuentra vinculada a Porvenir S.A.

Código Único de Identificación: 11001310503020190001601

Demandante: **NANCY AGRAY VARGAS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 69 a 86) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

Adujo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y Porvenir S.A. es nulo e ineficaz, pues obran dentro del proceso medios de prueba suficientes que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor le brindó toda la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse del RPM al RAIS.

Indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, con lo que esa entidad se encuentra en la imposibilidad jurídica de efectuar el traslado de la demandante del RAIS al RPM, adicionalmente la actora no es beneficiaria del régimen de transición, es decir, con el traslado no perdió ningún derecho y por tal razón no se puede fundamentar que a raíz del traslado perdió un beneficio que no ostentaba al momento en el ISS.

PORVENIR S.A. (fls. 96 a 119) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario

están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por el demandante.

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

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia condenatoria, declarando nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a Porvenir S.A. el 7 de octubre de 1999, por ende, declaró válidamente afiliada a la demandante al RPM administrado por Colpensiones; condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, esto es desde el 1° de diciembre de 1999 y hasta el momento en que el traslado se cumpla, estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente

indexados. Así mismo, le ordenó a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regula al RPMPD y declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandante.

En síntesis, el *a quo* señaló que, correspondía a la AFP Porvenir S.A. demostrar en juicio que entregó a la demandante una información veraz y oportuna de cada uno de los regímenes pensionales para la fecha del traslado, esto es para el 1° de diciembre de 1999, data para la cual la norma vigente era el Decreto 693 de 1993 - artículo 47, el Decreto 656 de 1994 - artículos 14 y 15, que consagraban las obligaciones de la debida información que era necesaria para lograr la mayor transparencia en ese tipo de operaciones.

Precisó que, haciendo uso de la carga dinámica de la prueba, a la que ha hecho alusión la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la AFP demandada no demostró que le hubiere brindado a la parte actora una información completa y comprensible, con lo que no dio cumplimiento del buen consejo que se les exige a las AFP, quienes están obligadas a demostrar en juicio que proporcionaron al afiliado la suficiente ilustración para la decisión de traslado de régimen pensional.

Adujo que el consentimiento de la demandante se vio afectado por el dolo con el que actuó Porvenir S.A., precisamente porque no se actuó con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poco cuidado suelen emplear en sus negocios propios.

Por lo anterior estimó que no fue demostrado en juicio que hubiese cumplido con la carga del deber de información, no se probó que a la demandante se le hubiere dado la debida información, ni la posibilidad de efectuar el retracto como lo permite la ley y tampoco se observa que durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a Porvenir S.A. se le hubiese indicado la posibilidad que tenía de retornar al RPM.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Precisó que para la aplicación de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia deben analizarse cada caso concreto, pues, en este caso, la demandante, al momento en que realizó el traslado no se encontraba bajo ninguno de los supuestos fácticos de esa línea jurisprudencial, como lo es el hecho que fuera beneficiaria del régimen de transición o que tuviera una expectativa legítima al momento en que realizó el traslado de régimen, además, no estaba renunciando a ningún beneficio pensional o se veía afectada frente a alguna situación respecto a ese traslado de régimen, como sí ocurre en los casos analizados por la Corte Suprema de Justicia.

Expuso que al momento de realizar el traslado de régimen, la demandante presentaba un número mínimo de semanas cotizadas y se encontraba en total libertad y facultad legal para efectuar el traslado de régimen y no se encontraba en ninguna situación o impedimento para realizar ese traslado del régimen, bajo ese supuesto no puede aplicarse la línea jurisprudencial.

Adujo que al momento del traslado Porvenir S.A. cumplió con el deber de información que le era exigible al momento del traslado del régimen, pese a que en el fallo de primer grado se indique lo contrario, pero ello se hace sin que la parte demandante hubiere allegado medio probatorio alguno que lo demuestre, sin tener en cuenta que quien invoca o quién aduce la mala fe debe demostrarla.

Indicó que se condena por considerar que no hay pruebas adicionales aparte del formulario de afiliación, sin embargo para la fecha de traslado de la accionante no era obligatorio realizar por escrito ninguna asesoría y tampoco se exigía documento adicional, ya que el formulario contiene la voluntad e intención de permanencia o de traslado de régimen del afiliado y en tal sentido no puede darse una aplicación retroactiva a las exigencias del deber de información, así las cosas, el formulario de afiliación era el

Código Único de Identificación: 11001310503020190001601

Demandante: **NANCY AGRAY VARGAS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

único documento en el que constataba el consentimiento por parte del afiliado de hacer efectivo ese traslado del régimen.

Frente a la carga probatoria atribuida a las AFP, indica que la misma es desproporcional conforme lo prevé el artículo 167 del Código General del Proceso y en tal sentido aparte del formulario afiliación es imposible que las AFP alleguen medios probatorios adicionales, ya que la ley de la época no lo exigía.

En cuanto a los gastos de administración, esta es una situación que no se fijó en el litigio, lo que no permitió a esa AFP hacer un debate respecto a la condena por gastos de administración, especialmente cuando el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagró la posibilidad que tenían las administradoras de pensiones de generar estos cobros por gastos de administración frente a la gestión realizada en los aportes de los afiliados, y con esta se desconoce tal supuesto legal, así como el pago de las primas de seguros por las contingencias de invalidez y sobrevivencia, las cuales durante el lapso de tiempo que la demandante estuvo afiliada se cubrieron, además que estos conceptos deben ser cobijados por el fenómeno de la prescripción.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de junio de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba,

los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Código Único de Identificación: 11001310503020190001601
Demandante: **NANCY AGRAY VARGAS**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

...

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías

Código Único de Identificación: 11001310503020190001601

Demandante: **NANCY AGRAY VARGAS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

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

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

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

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

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al

afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

f) Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por el otrora ISS (hoy Colpensiones) el 28/08/1982 (fl. 86); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 07/10/1997 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 106); y **iii)** que el día 15/01/2019 (fl. 5 y 86) solicitó ante Colpensiones traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por esa entidad.

A folio 106 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 07 de octubre de 1999 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según las cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, señalando que, tal como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1999 las mismas no tuvieran esa obligación, por lo que no está dando aplicación retroactiva a ninguna norma, como lo argumenta Porvenir S.A. al momento de sustentar su recurso.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

Código Único de Identificación: 11001310503020190001601

Demandante: **NANCY AGRAY VARGAS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

Es por ello que se **MODIFICARÁ** la decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar únicamente **la ineficacia** del traslado y no su nulidad, ya que, como en antecedencia se dijo, no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Frente al tema de la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ha de indicar esta Sala que esta decisión se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor,

como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503020190001601

Demandante: **NANCY AGRAY VARGAS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que

tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

Frente al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Colfondos S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

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

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído, para en su lugar declarar solamente la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 7 de octubre de 1999.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia.

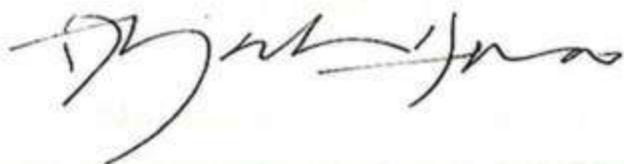
Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11001310503020190001601

Demandante: **NANCY AGRAY VARGAS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!