



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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **HERNANDO CASTILLO GARCÍA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 021 2019 00765 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de su traslado y afiliación a pensiones con la A.F.P. PORVENIR S.A., toda vez que su consentimiento estuvo viciado por 'error', por lo que consecuentemente, ésta A.F.P. deberá trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos financieros a COLPENSIONES, quien deberá aceptar los anteriores valores y activar su afiliación en el R.P.M.

En lo que interesa a la alzada, manifestó que nació el 6 de mayo de 1957; se afilió a CAJANAL el 28 de enero de 1991; y posteriormente, el 11 de diciembre de 2002, se trasladó a PORVENIR S.A., previas insistentes visitas en las que los asesores del fondo privado le señalaron que trasladándose a éste fondo tendría una cuantía de pensión mucho mejor que la que le reconocería el I.S.S., que podría decidir el momento del retiro, que podría solicitar la devolución de sus aportes cuando quisiera, todo lo anterior sin explicarle cómo.

Finalmente, señaló que reclamó administrativamente a las entidades demandadas el 25 de julio de 2019, sin embargo, sus peticiones fueron negadas (f.º 137 - 171).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 3 de marzo de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 176).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna que evidencie que al demandante hubiese incurrido en un error por la falta al deber de información en que

incurrió la A.F.P., o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), sumado a ello, no se evidencia anotación alguna que permita inferir que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas errónea e indebida aplicación del Artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (exp. dig., doc. 3-0.5, págs. 1-51).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Señaló que la afiliación del demandante a ésta A.F.P. fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, sumado a que, se realizó la respectiva asesoría, en la cual se informó de manera clara, precisa y veraz, las características del R.A.I.S., así como las implicaciones de su decisión y el estudio individual de su afiliación, de manera que ni existen vicios del consentimiento.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, compensación e inexistencia de la obligación (exp. dig., doc. 4, págs. 1 - 71).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 177).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia

del 5 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante al R.A.I.S. el 11 de diciembre de 2002, con fecha de efectividad a partir del 1.º de febrero de 2003, por intermedio del fondo privado PORVENIR S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del R.P.M. administrado por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que la afiliación del demandante a ésta A.F.P. estuvo precedida de asesorías, donde se le suministró información de manera clara, completa y comprensible y se le explicaron las características de ambos regímenes pensionales, sumado a ello, indicó que el formulario de afiliación no puede verse como un simple documento, pues allí se manifestó que traslado se realizó de manera libre y voluntaria, razón por la cual, de conformidad con lo exigido para la época, es este la prueba idónea para demostrar tal circunstancia.

Además, respecto de la devolución de los gastos de administración, arguyó que los mismos constituyen un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES; pues se encuentran autorizados y ordenados por la Ley 100 de 1993, y son la

retribución normal y mínima de la actividad realizada por ésta A.F.P. durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a la misma.

La demandada **COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia proferida por el a quo en su totalidad, ya que, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado contemplada en el Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, y acceder a su retorno al R.P.M. fomentaría la descapitalización financiera del sistema, pues el demandante no cumplió con el requisito de solidaridad, ni lo que sea trasladado por el fondo alcanza para financiar su pensión.

Finalmente, manifestó que el demandante pretende la nulidad de su traslado, solo hasta que observó que su pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas, sin embargo, esto no es señal de que existió falta del deber de información por parte de la A.F.P., razón por la cual, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía

Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 6 de mayo de 1957 (f.º 9); **ii)** que cotizó a CAJANAL desde el 28 de enero de 1991 y posteriormente al I.S.S: desde el 2 de noviembre de 2000 (f.º 28 y 38); **iii)** que el 11 de diciembre de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de vinculación o traslado allegado al proceso (f.º 24), donde actualmente se encuentra vinculado.

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

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado,

quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 24, se avizora el formulario que el demandante suscribió el 11 de diciembre de 2002, con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que “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, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la

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

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

celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. PORVENIR S.A. el 11 de diciembre de 2002, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

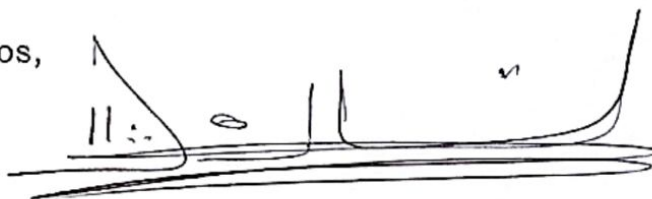
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**,

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

atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'David A. J. Correa Steer', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', written in a cursive style.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marceliano Chávez Ávila', written in a cursive style.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA ISABEL TORRES CABRERA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

Litisconsorte necesario: **LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**

EXP. 11001 31 05 022 2016 00652 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, las entidades demandadas y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 7 de julio de

2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa a la alzada, pretendió la demandante, que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al R.A.I.S., con la A.F.P. PORVENIR S.A., efectuado en el año 2000, por estar viciado y ser contrario al derecho fundamental de la seguridad social; consecuentemente, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a la demandada que en su momento se disponga, la totalidad de las cotizaciones por su vinculación en el sector público, con los rendimientos, costos de administración que haya deducido, y demás que tenga derecho, volviendo las cosas al estado inicial, por cuanto nunca debió migrar del R.P.M. Adicionalmente, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez de que trata el Decreto 758 de 1990, de conformidad con el régimen de transición que le aplica, a partir del 1.º de julio de 2013.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 16 de junio de 1958; que por omisión en la información, información distorsionada y engaños que sufrió del fondo privado PORVENIR S.A., se trasladó al R.A.I.S. en el año 2000, sin embargo, su intención no era que el dicho fondo la pensionara, pues, PORVENIR S.A. la indujo a error para efectuar el cambio de régimen pensional, no le informó los pro y los contra del traslado, y omitió informar las posibles consecuencias, sumado a que no se le precisó que perdería el régimen de transición.

Finalmente, indicó que en diferentes oportunidades, solicitó a los fondos pensionales demandados, la nulidad de su traslado del R.P.M. al R.A.I.S. con base en los parámetros dispuestos en la sentencia SU-062 de 2013, pero tales pedimentos fueron negados (f.º 49-69).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de marzo de 2017, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 117-118).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto la vinculación al R.A.I.S. que realizó la demandante el 30 de septiembre de 2000, fue efectuado válidamente, de conformidad con lo establecido en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Indicó, que no es procedente el traslado de la demandante al R.P.M., toda vez, no cumple con los requisitos exigidos en la SU-062 de 2010, sumado a que, desde el 17 de junio de 2015, la demandante disfruta de la pensión de vejez, reconocida mediante garantía de pensión mínima, por lo que ya se encuentra consolidado su derecho a la pensión.

En su defensa, propuso la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario respecto de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y, como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido. buena fe y compensación (f.º 123-147).

Aunado a lo anterior, posteriormente, demandó en reconvención, solicitando que se declare que ésta A.F.P. le reconoció a la

demandante pensión de vejez desde junio de 2015, fecha desde la cual recibe su mesada pensional, por lo que, debe restituirle los pagos realizados por conceptos de mesadas pensionales a PORVENIR S.A., desde el mes de julio de 2015, y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al presente proceso (f.º 244 - 250).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, expresó que el traslado de régimen pensional solo es procedente si se demuestra el acaecimiento de vicios del consentimiento como error, fuerza o dolo, y/o se demuestre que está cobijada por el régimen de transición, lo cual no sucede en este caso.

Formuló como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, y saneamiento de la nulidad alegada (f.º 218-230).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 216).

Como consecuencia de la excepción previa formulada por la demandada PORVENIR S.A., mediante auto del 6 de febrero de 2019, se vinculó al presente asunto, en calidad de litisconsorte necesario, a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos Pensionales (f.º 254).

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, se opuso a las pretensiones incoadas a la demanda por ser totalmente improcedentes frente a esta entidad, toda vez que la misma no cumple funciones de administradora del Sistema General de Pensiones, y por lo tanto, no tiene competencia para determinar la afiliación y/o traslado de las personas entre los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993.

En su defensa, formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, falta de causa para pedir, buena fe y prescripción (f.º 257-264).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 7 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al R.A.I.S., acaecido el 30 de septiembre de 2000; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, así como trasladar al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO los valores reconocidos por ésta mediante bono pensional redimido ante dicho fondo el día 15 de junio de 2018; ordenó a COLPENSIONES a que tramite ante la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, los valores a los que tuviere derecho la demandante, mediante el bono pensional tipo B, declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación, para que la sentencia sea revocada parcialmente, toda vez que la Juzgadora de primera instancia absolvió a COLPENSIONES de reconocer y pagar pensión de vejez a su favor; decisión con la que no está de acuerdo, toda vez que, la juez tenía elementos de juicio para tomar una decisión diferente, pues, si la consecuencia principal de la sentencia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, la

demandante no estaría pensionada por el R.A.I.S., pero sí debería estarlo por el R.P.M.. Indicó, que de acceder, el ad quem a su pedimento, debe tenerse en cuenta únicamente las semanas cotizadas hasta el momento en que cumplió con los requisitos para pensionarse, esto es, hasta el 16 de junio de 2013, y no las cotizaciones efectuadas posteriormente, pues, esto es más benéfico para ella, ya que incrementa el IBL con el que se calcularía el eventual reconocimiento pensional.

COLPENSIONES, solicitó que el fallo de primera instancia sea revocada en su integridad, toda vez que, el presente es un caso de nulidad de traslado de una persona que se encuentra pensionada, lo cual no arroja la misma consecuencia que la nulidad de traslado de un afiliado, pues, al respecto el Tribunal Superior de Bogotá, ha manifestado que el hecho de que el pensionado haya aceptado el valor de su mesada, refiere que tal decisión se tomó de manera libre y voluntaria, tal como lo hizo al momento de su afiliación y decisión de pertenecer al R.A.I.S., y esa doble aceptación, demuestra conocimiento del R.A.I.S., por lo que no se podría declarar la nulidad de traslado de la aquí demandante, más aún cuando la principal motivación de su pedimento es acrecentar su mesada pensional, lo cual no demuestra una omisión al deber de información por parte de la A.F.P., sumado a que, tal decisión descapitalizaría el R.P.M., ya que ésta afiliada no cumplió con el requisito de solidaridad del sistema.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, solicitó que sean revocados los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida. Respecto al primero de ellos, indicó que si bien la juzgadora ordenó el reintegro de los valores que el Ministerio pagó como Bono Pensional, tal valor debe reintegrarse debidamente indexado, a fin de evitar el decaimiento de los valores que la Nación

pagó por éste concepto, y también, por los rendimientos que se pudieron haber causado; ahora, frente al numeral cuarto, señaló que, debe tenerse en cuenta que el R.P.M. no solo tiene como mecanismo de financiación al Bono Pensional, por lo que, si Colpensiones no ha efectuado el reconocimiento de la pensión de vejez, no es viable determinar la procedencia de un Bono Pensional Tipo B como mecanismo de financiación de la misma.

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó que la sentencia de primera instancia sea revocada en su totalidad. En primer lugar, manifestó que el a quo olvidó que en el presente caso nos encontramos frente a una demandante que ostenta la calidad de pensionada desde el año 2015, pensión que ella misma solicitó y que le fue reconocida bajo la garantía de pensión mínima, por lo que estamos ante una situación jurídica concreta y que se encuentra conforme a la ley, por lo tanto, considerar una ineficacia del traslado generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, ya que lo pagado a la demandante por ésta A.F.P. se tendría como perdido, pues, en la sentencia se ordena la devolución de todos los dineros recibidos a Colpensiones. Sumado a lo anterior, indicó que lo alegado por la demandante frente a la omisión del deber de información por parte de la A.F.P. al momento del traslado, pierde absolutamente todo sentido con la aceptación de su pensión.

Adicionalmente, adujo que no es procedente la devolución de todas las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y demás valores recibidos, pues, de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, la misma ha venido disfrutando de su derecho pensional desde 2015, y acceder a tal pedimento, constituiría un enriquecimiento sin justa causa a su favor. Finalmente, solicitó que la imposición de costas también sea revocada.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente por parte de las administradoras de pensiones demandadas, encontrándose ya pensionada.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: *i)* la demandante nació el 16 de junio de 1958 (f.º 2); *ii)* cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 1.º de julio de 1981 hasta el 30 de septiembre de 2000, un total de 926,86 semanas (f.º 234-235 y exp. adm.); *iii)* que el 30 de septiembre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., (f.º 88 y 151); y, *iv)* la demandante, solicitó a dicho fondo privado, reconocimiento de su pensión de vejez (f.º 180-181), pensión que le fue reconocida y pagada con su respectivo retroactivo a partir del 17 de junio de 2015 (f.º 91-92 y 202).

De conformidad con la solicitud de vinculación o traslado, visible a folios 88 y 151, se tiene que la demandante se afilió a la A.F.P. PORVENIR S.A. el 30 de septiembre de 2000. Este formulario no demuestra por sí sólo, que en ese momento la aprobación de la actora estuviera afectado por uno de los vicios del consentimiento. Si bien la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado; esa misma jurisprudencia, indica que dicho formulario acredita el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero sí prueba, a lo sumo, el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

En los hechos de la demanda, se afirma que al momento del traslado la actora no fue informada sobre la pérdida del régimen de transición, y que no le dieron información completa sobre la diferencia entre los regímenes pensionales.

Sin embargo, no hay duda que cualquier deficiencia en la información por parte de PORVENIR S.A. quedó subsanada desde el momento en que la demandante aceptó el reconocimiento de la pensión, bajo la garantía de pensión mínima que le hizo PORVENIR S.A., pues, está claro que tal como aceptó en el interrogatorio de parte rendido ante el juez de primera instancia, así como de los documentos obrantes en el expediente, que presentó solicitud de reconocimiento de pensión en el mes de junio de 2015, la cual fue reconocida y pagada con su respectivo retroactivo el 17 de junio de 2015, aceptando expresamente el pago de la misma.

En ese orden, es claro que el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto n.º 692 de 1994, que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario, y con ello sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la Ley 100 de 1993.

Además, se debe señalar que la firma del formulario por parte de la demandante es una manifestación del consentimiento emitido por él al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo

1502 del Código Civil, esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios.

Y sobre la reiterada alegación de las demandadas, expresadas en la contestación de la demanda, de que el consentimiento no se encuentra viciado por un error configurado al no entregarse la información necesaria para dicho traslado, vale la pena anotar lo siguiente:

Respecto del error enunciado como vicio del consentimiento es de anotar que la legislación señala dos tipos, de derecho y de hecho.

En relación con el error de derecho cabe acotar que se refiere, según la definición doctrinal, "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*" ¹, esto es, recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y este tipo de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Adicionalmente, sin que exista desconocimiento de la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe señalar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9.º del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-651 de 1997; dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6ª Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

Respecto a que la ignorancia de la ley, no es excusa, ya lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-401/16, cuando indicó que: *“debido a que todo afiliado al régimen de prima media con prestación definida debe saber que requiere cotizar mínimo 1.300 semanas para tener derecho a una pensión de vejez -la ignorancia de ley no sirve de excusa-.”* Colpensiones no debía señalar en los reportes cuantas semanas le faltaban al afiliado para cumplir las exigidas para adquirir el derecho; y esto es relevante, porque dicho artículo 9.º, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política, que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes. De tal manera, que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

En relación con el error de hecho, se recuerda que se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretende, y en el presente caso, se observa que el demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso.

Por lo anterior, es por lo que no se encuentra una prueba que indique que la accionante fue engañado o que no iba a existir un traslado de régimen, máxime cuando es en el mismo documento donde se señala el traslado de régimen A.F.P. anterior I.S.S., y la escogencia del fondo PORVENIR S.A. para que administre los aportes pensionales desde el año 2000 (f.º 88 y 151), sumado a que, fue ella quien solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, efectuando los respectivos trámites para obtener la garantía de pensión mínima ofrecida por el fondo privado y posteriormente aceptada expresamente por la aquí demandante.

Adicionalmente, no se puede desconocer, se reitera, que la demandante recibe en la actualidad la pensión de vejez bajo la garantía de pensión mínima, dado el cumplimiento de los requisitos en el Régimen de Ahorro Individual, sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad.

Tampoco, en el presente caso se puede desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la coexistencia de los regímenes pensionales, las técnicas excluyentes para la financiación del sistema pensional y la diferencia en el concepto de solidaridad de cada uno de los regímenes, lo cual se puede constatar en lo expuesto, entre otras, en las siguientes sentencias; en la C-183 de 2019, se dijo lo siguiente:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha

prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

En la providencia C-1024 de 2004, al analizar la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, manifestó:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad es disímil entre ellos porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es

para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores como se indican en las sentencias que declaran la ineficacia o nulidad del acto de traslado, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo permite el retorno al régimen de prima media del afiliado que se trasladó de régimen cuando cotizó 15 años o más al sistema antes del 1.º de abril de 1994, pero resaltándose, como atrás se dijo, que el demandante conocía perfectamente el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que descarta que las demandadas hubieran violentado su eventual derecho a obtener una pensión el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Así las cosas, la decisión emitida por la juez de primera instancia vulneraría los principios de solidaridad, propios del régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1.º de 2005. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** a las entidades demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de julio de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **ABSOLVER** a las entidades demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

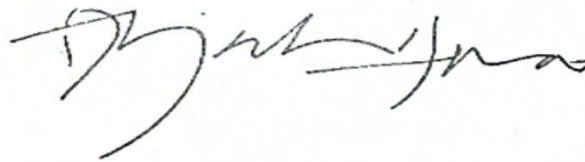
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

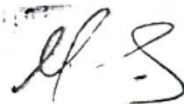
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
ACLARO VOTO.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
ACLARA VOTO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad- 11001 3105 022 2016 00652 01 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: MARIA ISABEL TORRES CABRERA DDA: COLPENSIONES Y OTROS. Fallo Mayo
31 de 2021.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, si bien comparto la decisión de confirmar el fallo absolutorio, me permito aclarar mi voto en el presente asunto por los siguientes motivos:

1. En los asuntos referentes a la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensiones, que como en presente caso se solicitan por una persona a quien ya le fue reconocida su pensión de vejez, si bien pueden darse las condiciones para su declaratoria ante la falta de acreditación por parte del Fondo demandado del cumplimiento de su deber de información, no es acceder a lo pretendido, en atención a que cuentan con una situación jurídica consolidada en el régimen cuyo traslado se pretende, sin que sea razonable desconocer o retrotraer la calidad de pensionado.
2. Lo anterior, como quiera que el traslado requerido se encamina al reconocimiento y pago de su pensión de vejez, por lo que no resulta lógico pretender únicamente la nulidad de traslado, sin que de igual forma se solicita la nulidad del reconocimiento de la prestación que viene disfrutando.

3. En tal sentida se ha pronunciado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373 de 2021, en la que expresamente se indicó:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)², lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.”

En los anteriores términos aclaro mi voto en este caso.

Fecha ut supra,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

² SL1688-2019, SL3464-2019



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ILEANA VARGAS ESPINOSA** contra la **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR - COLSUBSIDIO.**

EXP. 11001 31 05 024 2017 00561 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara que, entre ella y Colsubsidio, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el dos de agosto de 1999, hasta el 17 de febrero de 2017, el cual terminó de forma unilateral, y sin justa causa por parte de la demandada; que el cargo al que fue vinculada fue el de *"Coordinador Auditoría de Pagos y Conciliaciones"*, y que el salario que devengó para el 2017, fue de \$4.725.200.

Consecuencialmente, que se condenara a la demandada al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; a la indexación de las condenas a la fecha efectiva de su pago, a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 2 de agosto de 1999, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada; que desempeñaba el cargo de *"Coordinador Auditoría de Pagos y Conciliaciones"*; que prestaba sus servicios en el Departamento Administrativo y Financiero de Salud de Colsubsidio; que el salario que devengó en el 2017, fue de \$4.725.200; que el 1.º de febrero de 2017, fue citada a diligencia de descargos, por parte de Colsubsidio, por las presuntas omisiones en el proceso de auditoría de los archivos de recobro presentados por E.P.S. FAMISANAR a la demandada en los años 2014, 2015 y 2016; que la demandada no le puso de presente los documentos o soportes que sustentaban la presunta falta cometida; que el 17 de febrero de 2017, Colsubsidio decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo, pero que en la carta de despido, la demandada invocó las causales contempladas en los numerales 5.º y 6.º del artículo 58, y la del numeral 8.º del Código Sustantivo de Trabajo, pese a no ser aplicables a la supuesta conducta en la que incurrió, y que la demandada en un acto de mala fe, no cumplió con el principio de inmediatez requerido para la terminación unilateral del contrato de

trabajo, como quiera que fue notificada de la decisión en el 2017, y las presuntas faltas cometidas se dieron en los años 2015 y 2016.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Prevía subsanación, la demanda se admitió el 16 de febrero de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 36).

LA CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR - COLSUBSIDIO, manifestó, que efectivamente entre ella y la actora se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido que inicio el 2 de agosto de 1999, pero se opuso a que se declarara que este terminó de forma unilateral, y sin justa causa, como quiera que para su terminación si hubo una justa causa, esto es, las faltas gravísimas cometidas por la actora en el ejercicio de sus funciones, como el haber omitido los controles que estaban a su cargo, dado que en las auditorías que realizó la actora a los recobros presentados por la E.P.S. Famisanar a Colsubsidio, para los años 2014, 2015 y 2016, aceptó en nombre de la I.P.S. Colsubsidio, valores no pertinentes. También, indicó que dichas conductas fueron descritas en la carta de despido de fecha de 1.º de febrero de 2017.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demandante, ausencia de obligación en la demandada, y prescripción (f.º 52 - 70).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 8 de septiembre de 2020, declaró que entre la actora y Colsubsidio, existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 2 de agosto de 1999 al 1.º de febrero de 2017, el cual fue terminado sin justa causa por parte del empleador; condenó a la demandada a pagarle a la demandante, por concepto de indemnización por despido

sin justa causa, la suma de \$56.168.621; declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, y la condenó en costas.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si el contrato de trabajo que unió a las partes terminó con o sin justa causa, para luego establecer si la actora tenía derecho a la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Manifestó, que, de acuerdo con el criterio adoptado de forma reiterada por nuestro órgano de cierre, la trabajadora corría con la carga de demostrar el hecho del despido, mientras que el empleador debía acreditar que esta incurrió en una conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente que ameriten su despido unilateral por justa causa.

Expresó, que, con los medios de convicción allegados al proceso, se logró demostrar que la demandada, de forma unilateral, decidió dar por terminada la relación laboral con la actora, como consta en la carta de terminación del contrato de trabajo (f.º 16), por lo que era la demandante si acreditó el hecho del despido.

Indicó, que con el material arrimado al proceso no quedo demostrada la justa causa de terminación del contrato, por cuanto no se acreditó la omisión que tuvo la demandante en el cumplimiento de sus funciones, por lo que concluyó que la demandante tenía derecho a la indemnización por despido sin justa causa.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Esgrimió, que si bien el juzgado concluyó que no se probó el error u omisión en que había incurrido la demandante, en la carta de terminación del contrato de

trabajo de fecha de 1.º de febrero de 2017, se estableció como justa causa para terminar la relación laboral, el hecho de que la actora, omitió los controles a que había lugar en las responsabilidades de su cargo, en donde se destacan las auditorías de los archivos de recobros presentados a Colsubsidio por parte de la E.P.S. FAMISANAR, para los años 2014, 2015, y 2016, por cuanto aceptó a nombre de I.P.S. COLSUBSIDIO, valores no pertinentes, los cuales por ser tan altos, pusieron en riesgo los bienes de la demandada.

Indicó, que conforme al reporte de casos disciplinarios efectuado ante el Departamento de Relaciones Laborales, era claro que la demandante no realizó los filtros, ni controles para identificar los valores que estaba cobrando la E.P.S. FAMISANAR a COLSUBSIDIO, y que los testigos, de forma conjunta, aceptaron que la actora recibió sumas que no eran pertinentes, lo que se pudo comprobar con la auditoría que realizó COLSUBSIDIO, en la cual participó la señora María Fernanda Santacruz.

Arguyó, que las faltas descritas pese a no estar de forma literal en la carta de despido fueron señaladas en el Formato de Reporte de Casos Disciplinarios, y que en la misiva de terminación del contrato se hace referencia a los controles que no realizó la actora, al aceptar valores que no correspondían, por cuanto los mismos no debieron ser reembolsados a la E.P.S. FAMISANAR.

Adujo, que no se podía ignorar el hecho de que la actora, antes de desempeñar el cargo de “coordinador auditoría de pagos y conciliación”, desempeñó otros cargos que le dieron la habilidad o idoneidad para realizar recobros, esto es, el trámite que tenía que adelantar frente a E.P.S. FAMISANAR, y que esta aceptó haber recibido una capacitación por parte de la señora María Fernanda Santa Cruz, quien le indicó los parámetros que debían tenerse en cuenta para dicho proceso.

Por todo lo anterior, indicó que COLSUBSIDIO efectivamente logró demostrar las justas causas que invocó en la carta de terminación del contrato, las cuales se encuentra tipificadas en el contrato de trabajo, en el Código Sustantivo del Trabajo, y en el Reglamento Interno.

Agregó, que aun cuando en el caso hipotético de que no se lograra demostrar la omisión de la actora en los controles que tenía a su cargo, si se destaca que de manera irresponsable aceptó a nombre de la I.P.S. COLSUBSIDIO valores no pertinentes, y que no puso de presente esta situación a su empleador, por lo que es claro que incumplió con las obligaciones económicas que adquirió con la demandada.

Finalmente, solicitó que se verificara el monto al que fue condenada por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la sala tendrá como problema jurídico verificar si la demandada logró acreditar las justas causas que alegó, para dar por terminado el contrato de trabajo de la actora, y de no haber sido así, determinar el monto al cual asciende la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante prestó sus servicios a la demandada, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 2 de agosto de 1999, hasta el 1.º de febrero de 2017 (f.º 72 - 73); **ii)** que el último cargo que desempeñó, fue el de "Coordinador de auditoría de pagos y conciliación en el Departamento Administrativo y Financiero de Salud" (f.º 13); **iii)** que para el

año 2017, devengó un salario de \$4.725.200 (f.º 13), y *iv*) y que el día 1.º de febrero de 2017, la demandada decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo (f.º 16 - 17 y 78 - 79).

En reiterada jurisprudencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justificación del mismo. En sentencia SL - 4547 de 2018, dicha corporación estableció que una vez probado el hecho del despido, como en efecto sucedió en el presente caso, como quiera que la demandante aportó la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo (f.º 16 - 17), a la parte accionada le corresponde acreditar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral. En la misma providencia, se expresó lo siguiente: *"No basta con comunicar los motivos que llevan a finalizar unilateralmente el contrato laboral, dado que para que un despido se repunte justo el empleador debe documentar la falta atribuida al subordinado y recaudar todo el acervo probatorio que sustente debidamente su ocurrencia. De lo contrario, fallará en la labor demostrativa que le incumbe en el escenario judicial y las imputaciones en las que fundamentó la rescisión contractual quedarán como simples señalamientos sin confirmación."*

Así las cosas, en la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo de fecha de 28 de diciembre de 2017, la demandada adujo los motivos que se transcriben a continuación:

"Esta corporación ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir del primero (1) de febrero de 2017, ello debido a que la Corporación tuvo conocimiento mediante Informe del Administrador y adjuntos (Documentos que hacen parte integral de esta decisión y que se le pusieron de presente en la diligencia Descargos), allegados al Departamento de relaciones laborales además de las investigaciones y validaciones en que tuvo que incurrir la corporación, de que usted injustificadamente transgredió sus obligaciones y protecciones laborales por haber omitido los controles a que había lugar en las responsabilidades de su cargo, en las que se destaca las auditorías de los archivos de recobros presentados a COLSUBSIDIO por parte de la E.P.S. FAMISANAR, para los años 2014, 2015, y 2016, aceptando a nombre de la I.P.S. COLSUBSIDIO, valores no pertinentes, evidenciados en las auditorías y conciliaciones posteriores,

por valores de \$1.157.000.000, para el periodo de diciembre de 2014, a diciembre de 2015, y por valor de \$1.209.000.000, entre enero de 2016 a julio del mismo año, colocando en riesgo los bienes de la corporación.

Con el fin de corroborar lo anterior, la Corporación lo (a) escuchó como Coordinador de Auditoría de Pagos y Conciliación en diligencia de descargos practicada el 1.º de febrero de 2017, en cuya diligencia se comprobó que las omisiones y conductas por usted cometidas abiertamente irregulares, fueron negligentes, incumpliendo sus obligaciones y/o prohibiciones laborales, conforme a los procedimientos, al Reglamento Interno de Trabajo de la Caja y la Ley. Además de que cada una de las causales mencionadas independientemente consideradas, y por si mismas ameritan esta decisión.

Adicionalmente, la demandada señaló que las situaciones descritas se encuadraban entre otras, en los numerales 1.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 58, y numeral 8.º del artículo 60; numerales 2.º, 4.º (parte final), 5.º y 6.º (primera parte) del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, así como en los numerales 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, 6.º, 7.º, 11, 22, 23, 24, 37, 39 y 40 del artículo 48; numerales 1.º, 12, 13, 17 y 50, del artículo 50; y numerales 1.º, 10, 14, 17, 18, 19, 20, 26, 53, y 58 del artículo 55 del Reglamento Interno de Trabajo.

Ahora bien, del acervo probatorio allegado al proceso se observa que el día 31 de enero de 2017, la demandante fue citada a diligencia de descargos por la demandada, por el presunto incumplimiento de sus obligaciones y/o prohibiciones laborales, al haber omitido los controles a los que había lugar en las auditorías de los archivos de recobros presentados a Colsubsidio por parte de la E.P.S. Famisanar (f.º 74), y que el día 1.º febrero de 2017, la diligencia fue llevada a cabo en las Oficinas de Relaciones Laborales de Colsubsidio (f.º 75).

En dicha oportunidad, la demandada le preguntó a la demandante, el motivo por el cual había aceptado a nombre de la I.P.S. Colsubsidio, los valores de \$1.157.000.000, para el periodo comprendido entre diciembre de 2014, y diciembre de 2015, y por el valor de \$1.209.000.000, correspondiente al lapso entre enero de

2016 y julio del mismo año, poniendo en riesgo los bienes de la corporación; a lo que la demandada respondió que, el proceso de recobro, además de ser complejo no estaba creado cuando le fue entregado, aunado a que no recibió el entrenamiento suficiente para su manejo, por cuanto solamente asistió con la señora María Fernanda Santacruz a una conciliación. (f.º 74 - 76).

Así, se observa que a f.º 31, 77, 88 y 90 de expediente, obran los cuadros correspondientes a las conciliaciones finales de recobro de Colsubsidio para las fechas referidas, en donde consta que la E.P.S., aceptó el valor de \$1.157.000.000 por parte de I.P.S. Colsubsidio para el periodo comprendido entre diciembre de 2014, y diciembre de 2015, y por el valor de \$1.209.000.000, correspondiente al lapso entre enero de 2016 y julio del mismo año. No obstante, dichos documentos no se encuentran firmados por la demandante, ni tampoco por algún funcionario de E.P.S. FAMISANAR, por lo que, de los mismos, no es posible inferir que la actora aceptó a nombre de Colsubsidio los valores referidos, en favor de la E.P.S. Famisanar.

Resulta oportuno precisar, que en el expediente obran varias actas de conciliación suscritas entre la I.P.S. Colsubsidio y E.P.S. Famisanar, las cuales fueron firmadas por la demandante, como coordinadora de glosas y recobros, hecho que permite inferir que esta se encontraba a cargo de la gestión de los recobros efectuados entre la I.P.S. Colsubsidio y la E.P.S. Famisanar.

Al revisar las actas de conciliación de 27 de enero de 2014 (f.º 160 - 168); de 17 de enero de 2014 (f.º 169 - 173); de 28 de noviembre de 2013, y 2 de diciembre de 2013 (f.º 174 - 176); de 3 de septiembre de 2013 (f.º 177 - 179); de 3 de junio de 2015 (180 - 181), y las que se suscribieron con posterioridad a diciembre de 2014 y 2015, y a enero de 2016, y julio de mismo año, esto es, después de que a la demandante presuntamente autorizara los valores ya indicados a favor de E.P.S. Famisanar, como lo son la del 22 de diciembre de 2014

(182 - 185); la de 17 de diciembre de 2015, (f.º 186 - 189); la de 3 de mayo de 2016, (190 - 194); la de 23 de febrero de 2016 (f.º 195 - 196), y la de 4 de enero de 2016 (f.º 197 - 198), no encontró la sala en ninguna de ellas, que la demandante haya aceptado reconocer las sumas astronómicas de \$1.157.000.000, y de \$1.209.000.000, por lo que el único documento que corrobora tal información son los cuadros indicados con antelación, que se itera no están firmados ni por la demandante, ni por un funcionario de E.P.S. Famisanar.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que la demandada no especificó si quiera la fecha exacta en la que presuntamente la demandante suscribió las actas de conciliación que resultaban gravosas para las finanzas de la empresa.

De otra parte, a f.º 101, obra el Formato de Reporte de Casos Disciplinarios ante el Departamento de Relaciones Laborales, en el cual fue reportada la demandante por la presunta omisión del control consistente en identificar valores que la E.P.S. Famisanar, estaba cobrando a la I.P.S. COLSUBSIDIO, los cuales no eran pertinentes por tratarse de temas que por contratación están a cargo de dicha E.P.S. Empero, en este documento tampoco se especificó en que acta o actas la demandante autorizó los valores ya indicados.

Ahora bien, respecto de los testimonios observa la sala que la señora María Fernanda Santacruz, si bien indicó que, al revisar las actas suscritas por la demandante, constató que los valores que se señalaron no correspondían a los que efectivamente debían ser reconocidos a E.P.S. FAMISANAR, no aclaró en cuales actas aparecían dichos valores, y lo mismo ocurre con los testigos Jorge Iván Arboleda Yepes, y Alice Andrea Lozano Rodríguez, quienes admitieron que la demandante estaba a cargo del proceso de recobros, y que en las actas de conciliación suscritas por ella habían unas irregularidades respecto de los valores que I.P.S. Colsubsidio le debía reconocer a E.P.S. Famisanar. No obstante, tampoco indicaron las actas contentivas de dichas irregularidades.

Igualmente, el representante legal de la entidad demandada, en su interrogatorio de parte, pese haber aseverado que la demandante incurrió en una conducta que puso en riesgo las finanzas de la empresa, no indicó cuales fueron las actas de conciliación suscritas por ella, que llevaron a que se efectuara una nueva conciliación entre la E.P.S. Famisanar y Colsubsidio.

Así, a juicio de esta sala, las anteriores probanzas no logran acreditar la configuración de una justa causa, por lo que al haber fallado la demandada en la labor demostrativa de las conductas en las que presuntamente incurrió la empresa, sobre este punto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada, pero por los motivos aquí expuestos.

Ahora bien, solicita la parte demandada que se verifique el monto determinado por la *a quo*, respecto de la indemnización del artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo.

Para el efecto, ha de tenerse en cuenta que a f.º 13 obra certificación laboral expedida por la entidad demandada en la que consta que el último salario devengado por la demandante fue de \$4.725.200, por lo que sobre dicho valor debía calcularse a el valor de la indemnización señalada.

Al efectuar las operaciones aritméticas de rigor, y teniendo en cuenta que dentro del plenario se acreditó que la actora laboró para la demandada desde el 2 de agosto de 1999, hasta el 1.º de febrero de 2017, el monto que debe reconocer Colsubsidio corresponde a \$56.168.621, esto es el mismo valor calculado por el *a quo*, por lo que sobre este punto también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

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

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

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

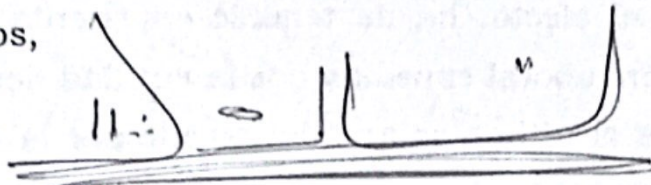
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

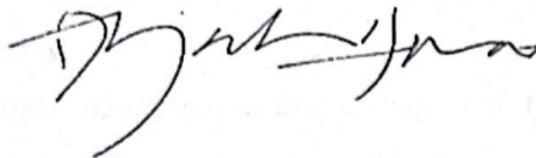
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS ALBERTO CASTRO ZAPATA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 036 2019 00176 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa a la alzada, pretendió el demandante, que se declare la ineficacia de su traslado de régimen pensional hacia la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., toda vez que dicho fondo privado no le proporcionó una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de su vinculación al R.A.I.S., incumpliendo con su deber de buen consejo; consecuentemente, se condene al fondo privado al traslado de los aportes cotizados en el R.A.I.S. a COLPENSIONES, quien deberá aceptar dichos valores y registrarlo como su afiliado, sin solución de continuidad, desde el 12 de febrero de 1985.

Para el efecto, manifestó que se afilió al I.S.S. hoy COLPENSIONES, desde el 12 de febrero de 1985, donde cotizó un total de 536,14 semanas; se afilió al R.A.I.S. a PROTECCIÓN S.A., el 28 de junio de 1995, donde se encuentra actualmente afiliado, sin embargo, el asesor de ésta A.F.P. no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el R.P.M. ni le realizó una proyección pensional que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada pensional, así como tampoco le habló de las desventajas de su traslado, pues, sólo le aseveró que no se iba a poder pensionar, ya que el I.S.S. se iba a acabar, mientras que en esta A.F.P. se podría pensionar a cualquier edad

Finalmente, señaló que reclamó administrativamente a las entidades demandadas, el 7 de junio de 2018, pero su solicitud fue negada (exp. dig., doc. 1-01, f.º 4 - 19).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 30 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (exp. dig., doc. 1-01, f.º 91).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que el demandante no cumple con los presupuesto que establece la Sentencia SU-130 de 2013, pues, para el 1.º de abril de 1994, no contaba ni con 15 años de cotizaciones, ni con 40 años de edad, por lo que, a todas luces, resulta improcedente su traslado, sumado a que, lo que tal prohibición busca proteger es el evidente riesgo a la estabilidad económica del sistema pensional.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, y, presunción de legalidad de los actos jurídicos (exp. dig., doc. 1-01, f.º 100 - 121).

PORVENIR S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en la medida que no existió omisión al deber de información por parte de éste fondo, como quiera que el contrato de afiliación celebrado con el demandante es plenamente eficaz, ya que en su celebración se reunieron todos los requisitos para su existencia, eficacia y validez, en especial, la expresión de voluntad del mismo, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento, ni se ocultó información en ningún momento, suscribiendo válidamente su formulario de traslado a este fondo de pensiones.

Formuló como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al R.A.I.S. con PROTECCIÓN S.A., buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, e inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho (exp. dig., doc. 1-01, f.º 150 - 156).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (exp. dig., doc. 1-01, f.º 128).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de noviembre de 2020, absolvió a las entidades demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al actor.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, solicitó que fuese revocada la sentencia en su totalidad, toda vez que se aparta de la decisión tomada por el a quo, en la medida que de conformidad con el material probatorio que reposa en el plenario, no obra prueba alguna que demuestre que se le haya entregado una asesoría integral, veraz, completa y oportuna, donde se le haya informado de los riesgos y desventajas de pertenecer al R.A.I.S., así como tampoco de las ventajas de permanecer en el R.P.M., lo que permite inferir que la administradora demandada no cumplió con los deberes de información y de buen consejo, como lo exigía, para aquella época, los Decretos Reglamentarios 720 y 656 de 1994, razones por las cuales hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Finalmente, señala que no comparte el argumento del a quo que señala que este caso es diferente a otros en que se solicita la ineficacia del traslado, pues, el demandante en el año 2008 recibió una reasesoría, toda vez que, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en diferentes oportunidades en sus sentencias, tales como la SL 1688 de 2019, no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos, razón por la cual, el argumento esgrimido por el juzgador de

primera instancia no es válido y el acto jurídico de traslado debe considerarse ineficaz.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 24 de marzo de 1959 (exp. dig., doc. 1-01, f.º 20); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 12 de febrero de 1985, donde cotizó un total de 536 semanas (exp. dig., doc. 1-01, f.º 136-139); **iii)** y que el 28 de junio de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme a la solicitud de vinculación allegado al proceso (exp. dig., doc. 1-01, f.º 65 y 158), donde actualmente se encuentra vinculada.

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, en el expediente digital, documento 1-01, a folios 65 y 158, se avizora el formulario que el demandante suscribió el 28 de junio de 1995, con

la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

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

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver las cotizaciones, rendimientos financieros, frutos e intereses y gastos de administración, que posea la cuenta de ahorro individual del demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

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

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

COLPENSIONES a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. el 28 de junio de 1995, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y los frutos e intereses que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante de COLPENSIONES, a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 28 de junio de 1995, por lo que ésta última, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

11.011

ORD n.º 036 2019 00176 01

DAVID A. J. CORREA STEER

Alejandra María Henao Palacio

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Marceliano Chávez Ávila

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MARINA VERGARA PORRAS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S. A.**

EXP. 11001 31 05 038 2019 00319 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de su traslado y afiliación del R.P.M. al R.A.I.S., administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A.; por lo que, consecuencialmente, se debe ordenar a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual, así como su retorno al R.P.M.

Para el efecto, manifestó que nació el 20 de septiembre de 1960; que cotizó al R.P.M. desde el mes de septiembre de 1981; que se trasladó al R.A.I.S., Fondo COLFONDOS S.A. en el mes de septiembre del año 2000, sin recibir ningún tipo de asesoría profesional frente al traslado de régimen. Adicionalmente, indicó que, en repetidas ocasiones, solicitó su traslado de régimen pensional ante Colpensiones, pero sus peticiones no fueron resueltas.

Finalmente, indicó que reclamó administrativamente a las entidades demandadas, pero dichas entidades negaron tal solicitud de traslado (exp. dig., doc. 01, f.º 2 - 19).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (exp. dig., doc. 01, f.º 78).

COLFONDOS S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, toda vez que ésta A.F.P. sí brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz, respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse al R.A.I.S., de las características de dicho régimen, el

funcionamiento del mismo, las diferencias entre los regímenes pensionales, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y la rentabilidad que los aportes producen en ese régimen.

Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado (exp. dig., doc. 01, f.º 91 - 106).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, debido a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al R.A.I.S. y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, razón por la que no es procedente la declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional, pues, la solicitud de la demandante se realizó con plena voluntad, lo que se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., sumado a que, para la época del traslado no contaba con ninguna expectativa legítima de pensionarse con una norma anterior a la Ley 100 de 1993, pues, al 1.º de abril de 1994, no contaba ni con la edad, ni con el tiempo de cotizaciones exigido.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradores de la seguridad social del orden público (exp. dig., doc. 01, f.º 111-118).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio. (f.º 110).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de febrero de 2021, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante y condenó a ésta última en costas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación, para que la sentencia proferida por el a quo, fuese revocada en su totalidad. Indicó, que la jurisprudencia en que se basó el juzgador de primera instancia no fue la adecuada, pues fueron proferidas por la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, y éste órgano no ha cambiado su posición en el tema que ocupa este caso, pues la mentada corporación ha expuesto que no es relevante que hubiesen existido traslados horizontales o reasesorías con posterioridad al traslado, ya que aquello no suple el deber de información que se debió brindar de manera oportuna al momento del traslado de régimen pensional.

Adujo que no puede señalarse que existió consentimiento informado, teniendo como prueba de ello solamente el formulario de afiliación, pues, dicho documento no es idóneo para efectuar tal afirmación, y en el interrogatorio de parte no existió confesión de ningún tipo; sumado a ello, para que tal consentimiento se pudiese considerar informado, le debieron ser expuestas las características de ambos regímenes pensionales, riesgos, ventajas y desventajas de su traslado, lo cual no ocurrió.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 20 de septiembre de 1960 (exp. dig., doc. 01, f.º 20); **ii)** que se afilió al extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES el 1.º de enero de 1996, donde cotizó un total de 246,43 semanas (exp. admon., reporte de semanas de cotizaciones, págs. 1-6); **iii)** y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., desde el 7 de septiembre del 2000, conforme a la solicitud de vinculación o traslado allegado al proceso y visible en el expediente digital, documento 01, a folios 39 y 107 del plenario, donde actualmente se encuentra vinculada.

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, en el expediente digital, documento 01, a folios 39 y 107, se avizora la solicitud de vinculación que la demandante suscribió el 7 de septiembre del 2000, con la A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver las cotizaciones, rendimientos financieros,

frutos e intereses y los gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A. el 7 de septiembre del 2000, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, frutos, intereses y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia en torno a este punto.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado efectuado por la

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

demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 7 de septiembre del 2000, por lo que ésta última, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SIMÓN GONZÁLEZ CARRILLO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 039 2019 00388 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada-Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez, al momento de cumplir la edad, esto es, el 1.º de marzo de 2018; que cuenta con un total de 1600 semanas cotizadas, y que Colpensiones es la entidad responsable de asumir los aportes en mora por el empleador Clavijo Montagut Valdemar, para el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 1981 y el 31 de agosto de 1989; por el empleador Alujart L.T.D.A, entre el 1.º de diciembre de 1992, y el 18 de enero de 1993, y por el empleador IKLEAN C.I.A., para los periodos comprendidos entre el 1.º de abril de 1998, y el 1.º de junio de 1998; 1.º de noviembre de 1999 y 31 de diciembre de 1999, y desde 1.º de octubre de 2000, hasta el 30 de julio de 2002.

Consecuencialmente, que se condenara a Colpensiones, a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, con retroactividad, a partir del 1.º de marzo de 2018; los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo o mayor valor causado, desde el 1.º de marzo de 2018, hasta que se verifique el pago; a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Para el efecto, manifestó que nació el 13 de marzo de 1956, cumpliendo los 62 años de edad el mismo día y mes del año 2018; que en su historia laboral aparecen reportadas 1.105.57 semanas, pero que la misma presenta varias inconsistencias, por cuanto no están registradas las 408 semanas que laboró para el empleador Clavijo Montagut Valdemar; 48 semanas con el empleador Alujart L.T.D.A., y 51.43 semanas con IKLEAN C.I.A.; que con las semanas que le adeudan dichos empleadores acreditaría más de 1612 semanas para poder acceder a la pensión de vejez, y que Colpensiones no ha realizado proceso de cobro coactivo contra los empleadores morosos, por lo que el 11 de julio de 2018, radicó ante la entidad demandada

solicitud de cobro coactivo, y reconocimiento de pensión de vejez con retroactividad e intereses moratorios.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previo subsanación, la demanda se admitió el 9 de diciembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 37).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor. Adujo, que el demandante no reúne los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez, y que no es responsable de asumir los aportes en mora por los empleadores Clavijo Montagut Valdemar, Ajujart L.T.D.A, y IKLEAN CIA, como quiera que no se ha logrado establecer el vínculo laboral entre el demandante y éstos en los periodos pretendidos en la demanda.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni de indemnización moratoria, prescripción, compensación, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público (f.º 41 - 48).

LA AGENCIA NACIONAL JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 25 de agosto de 2020, condenó a Colpensiones a pagarle al demandante la pensión de vejez establecida en la Ley 100 de 1993, a

partir del 1.º de noviembre de 2018, en cuantía inicial de \$781.242, por 13 mensualidades con los reajustes anuales correspondientes; el retroactivo causado entre el 1.º de noviembre de 2018 y la fecha en que se incluya en nómina el presente reconocimiento pensional, valor que para el 30 de julio de 2020, arrojaba un retroactivo por la suma de \$19.253.855; los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 11 de enero de 2019, y hasta el momento en que se incluya en nómina la prestación pensional; a las costas del proceso, y autorizó a la entidad a realizar los respectivos descuentos de salud sobre las mesadas reconocidas.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar, si existían periodos en mora, en los aportes del actor, por parte de las empresas Clavijo Montagut Valdemar, Ajujart L.T.D.A, y IKLEAN CIA, en los lapsos de tiempo señalados en la demanda, para luego establecer si el demandante tenía derecho al pago de la pensión de vejez, y si había lugar al reconocimiento de intereses moratorios.

Al analizar los periodos en mora respecto de cada uno de los empleadores, concluyó que el actor no logró acreditar la existencia de una vinculación laboral efectiva con los empleadores Clavijo Montagut Valdemar y Ajujart L.T.D.A, motivo por el cual no era posible tener en cuenta los periodos en los que presuntamente laboró para estos en el conteo total de semanas efectivamente cotizadas por el.

Aseveró, que la relación laboral del actor con IKLEAN C.I.A. si logró probarse, por cuanto se evidenciaban cotizaciones efectuadas a nombre de dicho empleador, desde octubre de 1995 hasta octubre de 2002, aunado a que se acreditó por parte de la última empleadora el registro de la novedad de retiro, por lo que los lapsos en que hubo mora por parte de ésta serían tenidos en cuenta para el cálculo de semanas cotizadas por el actor.

Así las cosas, concluyó que con la inclusión de los periodos cotizados con IKLEAN C.I.A., el actor acreditaba un total de 1.358 semanas cotizadas, y al haber alcanzado la edad pensional el 13 de marzo 2018, era claro que tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez.

Señaló, que la prescripción no operaba por haberse presentado la reclamación administrativa en tiempo, y para conceder los intereses moratorios argumentó que son procedentes a partir del 11 de enero de 2019, teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento de la pensión se elevó el 11 de julio de 2018.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Manifestó, que no se logró establecer el vínculo laboral entre el demandante y los empleadores durante los periodos pretendidos, y que este no reunía los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993, para ser acreedor de la pensión de vejez de acuerdo con lo reportado en su historia laboral.

Respecto de la condena de los intereses moratorios, arguyó que no había lugar a su causación, por cuanto no debía ser reconocida la pensión de vejez.

Finalmente, indicó que como siempre había actuado de buena fe, y en estricto cumplimiento de las normas que establecen las cuestiones que se debatieron en el proceso, no debió ser condenada en costas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá

como problema jurídico, verificar lo siguiente: **i)** si el demandante logró acreditar la existencia de un vínculo laboral con los empleadores referidos en el escrito de demanda, y de ser así, determinar a partir de qué fecha resulta procedente el disfrute de la pensión de vejez; **ii)** establecer si había lugar a ordenar el retroactivo pensional pedido, y en caso afirmativo, verificar a cuánto asciende; **iii)** y si son procedentes los intereses moratorios sobre las mesadas que componen dicho retroactivo.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que **i)** el demandante nació el 13 de marzo de 1956, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes de 2018 (f.º 24); **ii)** que, según la historia laboral expedida por Colpensiones, el 18 de febrero de 2020, registra un total de 1238.17 semanas cotizadas (f.º 56, CD. exp. administrativo); **iii)** y que el 11 de julio de 2018, solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, que le fue negada mediante Resolución n.º SUB 264984 de 9 de octubre de 2018, y confirmada en todas y cada una de sus partes por la Resolución n.º DIR 20696, de 27 de noviembre de 2018 (f.º 56, CD. exp. administrativo).

DE LA MORA DEL EMPLEADOR.

En reiterada jurisprudencia, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido el criterio de que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. Así, en la reciente sentencia SL-463 de 2021, la Corte aclaró que la actividad efectiva, desarrollada en favor de un empleador, es la generadora de la obligación de aportar al sistema pensional a nombre del trabajador afiliado.

Sobre la mora del empleador y la falta de cobro por parte de las Administradoras de Pensiones, se ha dicho que estas no pueden afectar al trabajador para el reconocimiento pensional (CSJ SL2984 de 2015, entre otras muchas), y que para que el empleador sea condenado a pagar los aportes, *"es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia del vínculo laboral subordinado, bien bajo la égida de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria. Es decir, los periodos que se reclaman al empleador deben tener sustento en una relación de trabajo real."* (CSJ SL463 de 2021).

En el caso objeto de estudio, se tiene que el demandante indica que el empleador Clavijo Montagut Valdemar, incurrió en mora en los aportes para el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 1981 al 31 de agosto de 1989, y que el empleador Ajujart L.T.D.A., también incurrió en mora, desde el 1.º de diciembre de 1992 hasta el 18 de enero de 1993.

Al respecto, observa esta sala que con las pruebas arrimadas al proceso no es posible determinar que efectivamente existió un vínculo laboral, o contrato de trabajo alguno, entre el demandante y las sociedades referidas, por cuanto no se aportó alguna certificación laboral, planilla de nómina de empleados, o comprobante de algún pago efectuado al trabajador que permitiera evidenciar las presuntas relaciones laborales.

Aunado a ello, se comparte la apreciación efectuada por el *a quo* de que en la historia laboral del actor, obrante en el expediente administrativo (f.º 56), si bien se evidencia una novedad de ingreso el 24 de noviembre de 2018, y una novedad de retiro el 31 de agosto de 1989, durante la totalidad de la afiliación con el empleador Clavijo Montagut Valdemar, también se constata que no se presentaron cotizaciones al sistema, por lo que no es dable tener en cuenta este periodo para la realización del cálculo de semanas efectivamente cotizadas por el actor.

Lo mismo sucede respecto del empleador Alujart L.T.D.A. para el periodo comprendido entre el 1.º de diciembre de 1982 y el 18 de enero de 1983, como quiera que la novedad de ingreso se efectuó un mes y 17 días después de la última cotización, por lo que no es posible esclarecer si efectivamente el demandante prestó, o no, sus servicios en favor de dicho empleador durante ese lapso.

Así las cosas, como el demandante no logró demostrar que si hubo una prestación del servicio por los tiempos reclamados, para así habilitar los mismos, no es posible tenerlos en cuenta a efectos de computar e incrementar las semanas exigidas para la pensión de vejez.

No obstante, sobre la empresa IKLEAN S.A., se puede constatar con la historia laboral, que el actor permaneció vinculado con este empleador desde octubre de 1995 hasta octubre de 2002, periodo en el cual si se reportó una novedad de retiro, y se efectuaron la totalidad de las cotizaciones al sistema, hecho este que permite inferir de forma razonable la existencia de la relación laboral, por lo que como bien lo adujo el *a quo* ha de tenerse en cuenta los periodos comprendidos entre el 1.º de abril de 1998, y el 1.º de junio de 1998 (8.5 semanas); 1.º de noviembre de 1999 y 31 de diciembre de 1999 (8.4 semanas), y desde 1.º de octubre de 2000 (95.2 semanas), hasta el 30 de julio de 2002, esto es, un total de 112.1 semanas.

DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ-RETROACTIVO PENSIONAL.

Los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por remisión del inciso 2.º del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, diferencian entre la causación y el disfrute de la pensión de vejez o de jubilación, indicando que se reconocerá a solicitud del interesado reunidos los

requisitos mínimos, previa desafiliación formal al régimen y teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

En el presente caso, se observa que como el demandante cumplió los 62 años de edad el 13 de marzo de 2018 (f.º 24), fecha en la cual ya contaba con un total de 1350 semanas de cotización, de acuerdo a la historia laboral obrante en el expediente administrativo (f.º 56), en la cual no se incluyeron las 112.1 semanas cotizadas con el empleador IKLEAN C.I.A., en principio el demandante tendría derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, desde el 13 de marzo de 2018. No obstante, como la última cotización efectuada por el trabajador, se reporta del 1.º de noviembre de 2018, a partir de esta fecha es que debe ser reconocida la prestación, como bien lo adujo la *a quo*, por lo que sobre este punto también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

Igualmente, al efectuar las operaciones aritméticas de rigor, se pudo constatar que se calculó de forma correcta tanto el I.B.L, como el monto del retroactivo pensional adeudado, el cual también arrojó para esta sala el monto de \$19.253.855, como se observa en la liquidación anexa a la presente providencia. Por lo que, sobre este punto, también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

DE LOS INTERESES MORATORIOS ARTÍCULO 141 LEY 100 de 1993.

En lo que tiene que ver con los intereses moratorios, debe decirse estos réditos sí son procedentes por tres razones: (i) porque se trata de una pensión de vejez reconocida con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; (ii) porque el reconocimiento de la prestación, fue solicitado el 11 de julio de 2018, esto es, después de reunir los requisitos de edad y densidad de cotizaciones, por lo Colpensiones no solo incumplió el término de 4

meses consagrado en el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, contado a partir de la presentación de la solicitud, sino que ante el evidente desorden administrativo, el demandante se vio compelido a ejecutar múltiples trámites ante la entidad, para poder tener así una solución definitiva de su situación; (iii) y porque a la fecha, Colpensiones no ha proferido acto de reconocimiento de la pensión de vejez.

Por lo tanto, Colpensiones debería reconocer los intereses moratorios desde el 11 de noviembre de 2018, y no desde el 11 de enero de 2019, como lo adujo *la a quo*, sin embargo, como la Sala surte la consulta en favor de Colpensiones y a su vez esta resolviendo el recurso de apelación presentado por la entidad, y el demandante guardó silencio sobre este punto, se **confirmará** lo decidido al respecto, aunado a que en este caso, no se presenta alguna de las hipótesis de exoneración de los intereses moratorios antes mencionados, en aplicación del criterio jurisprudencial vertido en sentencias SL787-2013, SL4611-2015 y SL607-2017.

DE LOS APORTES EN SALUD.

Se **confirma** lo decidido por la *a quo*, de autorizar a la entidad demandada efectuar los descuentos con destino al subsistema de salud para trasladarlos a la EPS en la que se encuentre afiliada la demandante, pues tal decisión, se encuentra amparada por los arts. 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, y 42 del Decreto 692 de 1994 (CSJ sentencias SL1165 de 3 feb. 2016 rad. 55476, y SL2756 de 22 feb. 2017 rad. 68425, entre otras), por lo que se adicionará la sentencia consultada.

DE LA PRESCRIPCIÓN.

Finalmente, sobre este medio exceptivo también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada y consultada, dado que el demandante radicó petición de reconocimiento de pensión el día 11

de julio de 2018, y la demanda fue radicada el 11 de junio de 2019, y entre una y otra, no transcurrió el trienio de que trata el art. 151 del CPTSS, aunado a que la admisión de la demanda se notificó dentro del término establecido por el art. 94 del Código General del Proceso.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta y recurso de apelación, se confirman las de primera instancia.

Sin costas en las instancias ante su no causación.

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

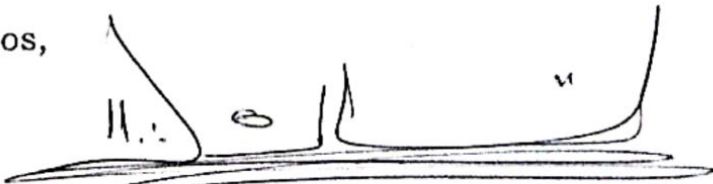
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 25 de agosto de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia

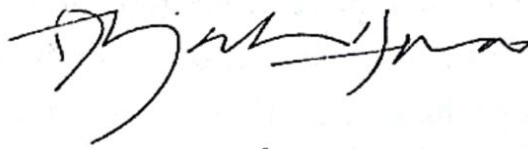
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SAMUEL MAZ HERNÁNDEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 040 (014 2019 00125) 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 25 de marzo de 2021, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare nulo su traslado de régimen pensional realizado y promovido por COLFONDOS S.A., por incurrir en omisión a su deber de información y por haber existido vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito con ésta A.F.P., toda vez que en la etapa precontractual y al momento de la ejecución del contrato, se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación, específicamente, que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, se declare que nunca dejó de pertenecer al R.P.M. y es beneficiario del régimen de transición contemplado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de una pensión de vejez, conforme a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, a cargo de COLPENSIONES. Así mismo, se condene a COLFONDOS S.A. al traslado de los aportes cotizados en el R.A.I.S. a COLPENSIONES, con todos los frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración en los que hubiere incurrido.

Adicionalmente, pretendió que se condene a la A.F.P. COLFONDOS S.A. al reconocimiento y pago de las diferencias entre el valor pagado por concepto de pensión en el R.A.I.S. a partir del 4 de marzo de 2011, y el valor de la pensión que le corresponde en el R.P.M. de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, a partir de la fecha del reconocimiento de la prestación y hasta cuando sean trasladados los aportes a COLPENSIONES.

Para el efecto, manifestó que nació el 26 de mayo de 1957 (sic); que cotizó al I.S.S. hoy COLPENSIONES, desde el 4 de julio de 1986 hasta el 30 de enero del 2000, un total de 648 semanas; que para el

1.º de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, encontrándose amparado por el régimen de transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que se trasladó al R.A.I.S., Fondo COLFONDOS S.A. el 18 de diciembre de 1998; que en ese momento, le indicaron que con el traslado se pensionaría con un monto mayor al que tendría derecho en el I.S.S., y que además, accedería a su derecho a una edad más temprana.

Señaló, que se dió cuenta que lo ofrecido por COLFONDOS S.A. no se ajustaba a la realidad, cuando mediante oficio del 17 de junio de 2014, se le reconoció pensión de vejez equivalente al salario mínimo, en cuantía de \$669.184 a partir del 1.º de julio de 2014; razón por la cual, el 2 de octubre de 2018, reclamó administrativamente a las entidades demandadas, quienes negaron la solicitud de nulidad de su afiliación (exp. dig., carpeta n.º 2., doc. 001, f.º 48 - 55).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (exp. dig., carpeta n.º 2., doc. 001, f.º 58).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, e indicó que al demandante no le asiste derecho a lo pretendido, ya que el mismo se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en el Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, para poder efectuar el traslado de régimen pensional, sumado a que tal decisión contribuiría a la descapitalización del fondo común del R.P.M.. Adujo, que de conformidad con el Artículo 11 del Decreto 6922 de 1994, la selección de un régimen pensional, implica la aceptación

de las condiciones propias de éste para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez o muerte, lo cual se plasmó en el formulario de traslado suscrito por el demandante de manera libre y voluntaria.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (exp. dig., carpeta n.º 2., doc. 001, f.º 104-114).

COLFONDOS S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones y condenas incoadas en la demanda, que impliquen el reconocimiento de derechos o condenas en su contra, y consecuentemente, solicitó que se desestimen las pretensiones, y en su lugar, se absuelva a ésta A.F.P. y se condene al demandante al pago de costas y agencias en derecho que se causen y prueben en el proceso.

Propuso como excepciones de fondo las de irrenunciabilidad del estatus de pensionado, prohibición legal de los pensionados para trasladarse de una administradora a otra o de un régimen a otro, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad y buena fe (exp. dig., carpeta n.º 2., doc. 001, f.º 142 - 171).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (exp. dig., carpeta n.º 2., doc. 001, f.º 60).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 25 de marzo de 2021, negó las pretensiones incoadas en la demanda y no condenó en costas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, para que la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia, fuese revocada en su totalidad. En primera medida, solicitó la inaplicación de la Sentencia SL 373 de 2021, toda vez que los fundamentos fácticos de la sentencia y del caso concreto no son iguales o siquiera similares, razón por la cual no debió ser criterio para la toma de decisión en este caso.

Adicionalmente, respecto de la calidad de pensionado que ostenta, indicó que fue obligado a firmar los documentos del reconocimiento de su pensión, bajo la amenaza de que no tendría derecho al pago de la misma, y al no contar con otros ingresos, tuvo que aceptar dicho reconocimiento, sin embargo, indicó que el a quo pudo haber fallado extra y ultra petita, toda vez en el hecho séptimo de la demanda se manifestó que sólo se dió cuenta del engaño efectuado por la A.F.P., hasta que se le reconoció una pensión del salario mínimo, y que de las pretensiones se solicitó a COLFONDOS S.A. el reconocimiento y pago de las diferencias entre lo pagado por concepto de pensión en el R.A.I.S. y el valor que le hubiere correspondido en el R.P.M., razones por las cuales sí habría lugar a un fallo ultra o extra petita, pues los hechos señalados fueron discutidos y debidamente probados.

Sumado a lo anterior, solicitó que en caso de confirmar la decisión proferida por el a quo, se ordene el reconocimiento y pago de los perjuicios que le fueron causados, ya que se falló con base en una sentencia nueva, que viola la confianza legítima al acceder a la administración de justicia, pues en la misma, la Corte Suprema de Justicia cambia su posición frente al tema de debate, por lo que el

juez de primera instancia debió hacer uso de sus facultades extra y ultra petita en aras de no violar sus derechos mínimos e irrenunciables.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

información suficiente por parte de las administradoras de pensiones demandadas, encontrándose ya pensionado.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: *i)* el demandante nació el 21 de mayo de 1948 (exp. dig., carpeta n.º 2., doc. 001, f.º 2); *ii)* cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 24 de septiembre de 1975, un total de 638,29 semanas (exp. dig., carpeta n.º 2., doc. 001, f.º 89-94); *iii)* que el 28 de agosto de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., (exp. dig., carpeta n.º 2., doc. 001, f.º 115). *iv)* y, que se le reconoció y pagó, con su respectivo retroactivo, pensión de vejez, bajo la modalidad de retiro programado, desde el mes de marzo de 2011, tal como se puede ver de las documentales allegadas al proceso, visibles en el expediente digital, carpeta número 2.º, documento 001, folios 118 a 130.

De conformidad con la solicitud de vinculación visible en el expediente digital, carpeta número 2.º, documento 001, a folio 115, el demandante se afilió a la A.F.P. COLFONDOS S.A. el 28 de agosto de 1997. Este formulario, no demuestra por sí sólo que en ese momento la aprobación del actor estuviera afectado por uno de los vicios del consentimiento. Si bien la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado; esa misma jurisprudencia, indica que dicho formulario acredita el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero sí prueba, a lo sumo, el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

En los hechos de la demanda, se afirma que al momento del traslado el actor no recibió ningún tipo de información veraz y acorde

con su situación al momento de la afiliación, pues solo se le indicó que se pensionaría con un mayor monto al que recibiría en el I.S.S., hoy COLPENSIONES, y que, además, accedería a su derecho pensional a una edad más temprana.

Sin embargo, no hay duda que cualquier deficiencia en la información por parte de COLFONDOS S.A. quedó subsanada desde el momento en que el demandante aceptó el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado que le hizo ésta A.F.P., pues, de conformidad con los documentos que reposan en el expediente, está claro que el 14 de febrero de 2011, presentó solicitud para pensionarse, la cual fue reconocida y pagada con su respectivo retroactivo en el mes de junio del mismo año, aceptando expresamente el pago de la misma.

En ese orden, es claro que el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto n.º 692 de 1994, que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario, y con ello sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la Ley 100 de 1993.

Además, se debe señalar que la firma del formulario por parte del demandante es una manifestación del consentimiento emitido por él al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios.

Y sobre la reiterada alegación de las demandadas, expresadas en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, de que el consentimiento no se encuentra viciado por un error configurado al no entregarse la información necesaria para dicho traslado, vale la pena anotar lo siguiente:

Respecto del error enunciado como vicio del consentimiento, es de anotar que la legislación señala dos tipos, de derecho y de hecho.

En relación con el error de derecho, cabe acotar que se refiere según la definición doctrinal, “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico” ¹, esto es, recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y este tipo de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Adicionalmente, sin que exista desconocimiento de la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe señalar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9.º del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-651 de 1997; dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

Respecto a que la ignorancia de la ley, no es excusa, ya lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-401/16, cuando indicó que:

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6ª Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

“debido a que todo afiliado al régimen de prima media con prestación definida debe saber que requiere cotizar mínimo 1.300 semanas para tener derecho a una pensión de vejez -la ignorancia de ley no sirve de excusa-.” Colpensiones no debía señalar en los reportes cuantas semanas le faltaban al afiliado para cumplir las exigidas para adquirir el derecho; y esto es relevante, porque dicho artículo 9.º, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política, que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes. De tal manera, que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

En relación con el error de hecho, se recuerda que se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretende, y en el presente caso, se observa que el demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso.

Por lo anterior, es por lo que no se encuentra una prueba que indique que el accionante fue engañado o que no iba a existir un traslado de régimen, máxime cuando es en el mismo documento donde se señala el traslado de régimen A.F.P. anterior: I.S.S., y la escogencia del fondo COLFONDOS S.A. para que administre los aportes pensionales desde el año 1997 (exp. dig., carpeta n.º 2., doc. 001, f.º 115), sumado a que, fue él quien solicitó, y posteriormente aceptó el reconocimiento pensional ofrecido por ésta A.F.P., que se reitera, recibe en la actualidad su pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, dado el cumplimiento de los requisitos en el Régimen de Ahorro Individual, sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad.

Tampoco, en el presente caso se puede desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la coexistencia de los regímenes pensionales, las técnicas excluyentes para la financiación del sistema pensional y la diferencia en el concepto de solidaridad de cada uno de los regímenes, lo cual se puede constatar en lo expuesto, entre otras, en las siguientes sentencias; en la C-183 de 2019, se dijo lo siguiente:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

En la providencia C-1024 de 2004, al analizar la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, manifestó:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad es disímil entre ellos, porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores como se indican en las sentencias que declaran la ineficacia o nulidad del acto de traslado, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993,

que solo permite el retorno al régimen de prima media del afiliado que se trasladó de régimen cuando cotizó 15 años o más al sistema antes del 1.º de abril de 1994, pero resaltándose, como atrás se dijo, que el demandante conocía perfectamente el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que descarta que las demandadas hubieran violentado su eventual derecho a obtener una pensión el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Así las cosas, una decisión contraria a la emitida por el juez de primera instancia vulneraría los principios de solidaridad propio del régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1.º de 2005.

Ahora, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de perjuicios elevada por el recurrente, esta Sala debe anotar, que negar tal pedimento resulta acertado por la Juzgadora de primera instancia, toda vez que, pese a que el pensionado que se considere perjudicado con el monto pensional que le fue reconocido, debido al presunto incumplimiento de la A.F.P. de su deber de información al momento de su traslado. tiene derecho a demandar una reparación integral a cargo dicha entidad; lo cierto es que en el caso concreto, mal hubiese podido el a quo, con base en sus facultades ultra y extra petita, conceder tal solicitud elevada en los alegatos de conclusión, pues, no obra prueba en el expediente que acredite los perjuicios alegados por el demandante, ni tal petición fue objeto de debate en el contradictorio, razón por la cual, mal podría esta Sala entrar a estudiar tal reconocimiento.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de marzo de 2021, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

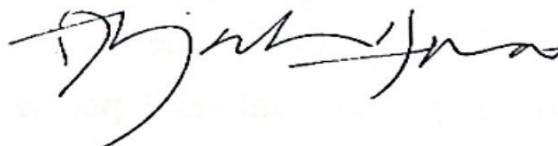
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

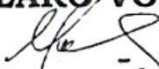


DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARO VOTO.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARO VOTO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad- 11001 3105 040 2019 00125 01 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: SAMUEL MAZ HERNANDEZ DDA: COLPENSIONES Y OTROS. Fallo Mayo 31 de 2021.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, si bien comparto la decisión de confirmar el fallo absolutorio, me permito aclarar mi voto en el presente asunto por los siguientes motivos:

1. En los asuntos referentes a la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensiones, que como en presente caso se solicitan por una persona a quien ya le fue reconocida su pensión de vejez, si bien pueden darse las condiciones para su declaratoria ante la falta de acreditación por parte del Fondo demandado del cumplimiento de su deber de información, no es acceder a lo pretendido, en atención a que cuentan con una situación jurídica consolidada en el régimen cuyo traslado se pretende, sin que sea razonable desconocer o retrotraer la calidad de pensionado.
2. Lo anterior, como quiera que el traslado requerido se encamina al reconocimiento y pago de su pensión de vejez, por lo que no resulta lógico pretender únicamente la nulidad de traslado, sin que de igual forma se solicita la nulidad del reconocimiento de la prestación que viene disfrutando.

3. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373 de 2021, en la que expresamente se indicó:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.”

En los anteriores términos aclaro mi voto en este caso.

Fecha ut supra,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

¹ SL1688-2019, SL3464-2019



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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **YOLANDA LÓPEZ PATIÑO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 041 (034 2018 00303) 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades DEMANDADAS, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa a la alzada, pretendió la demandante, que se declare la nulidad de su traslado efectuado el 10 de septiembre de 1999, con la A.F.P. PORVENIR S.A., toda vez que en la etapa precontractual, no se brindó información veraz, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, y en especial, de su situación personal y concreta, consecuentemente, se ordene a COLPENSIONES a tenerla entre sus afiliados, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

Para el efecto, manifestó que se trasladó a la A.F.P. PORVENIR S.A., el 10 de septiembre de 1999, sin que dicho fondo le hubiese brindado una información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgan tanto en el R.P.M. como en el R.A.I.S., y en especial, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se ilustró únicamente sobre las ventajas que obtendría al cambiarse de régimen pensional; y que, de conformidad con las simulaciones pensionales anexas a la demanda, su mesada pensional sería ostensiblemente superior en el R.P.M., administrado por COLPENSIONES.

Finalmente, señaló que reclamó administrativamente a COLPENSIONES, el 18 de enero de 2018, pero dicha entidad no dio respuesta (f.º 33-40).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de agosto de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 43).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que la demandante continúa válidamente afiliada a PORVENIR S.A., aunado a ello, se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contemplada en la Ley 797 de 2003, y no cumple con los requisitos para poder trasladarse en cualquier momento.

Propuso como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y favorabilidad (f.º 48 - 61).

PORVENIR S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Además, indicó que la demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado al R.A.I.S., manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al R.A.I.S.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, y enriquecimiento sin justa causa (f.º 91-98).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 46).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del R.P.M. al R.A.I.S., consecuentemente,

condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia; ordenó a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, y condenó en costas a la demandada PORVENIR S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, solicitó que la sentencia proferida por el a quo fuese revocada en su totalidad, toda vez que el traslado efectuado por la demandante se dio con el cumplimiento de las solemnidades legales exigidas, sumado a que no existe prueba dentro del plenario que demuestre que hubiese tomado una decisión sin tener la suficiente información. Adujo, que en el presente caso no debió haberse invertido la carga de la prueba, pues al hacerlo se dio una mala interpretación al Artículo 1.604 del Código Civil, ya que se debió aplicar el Artículo 167 del Código General del Proceso.

Sumado a ello, indicó que se torna imposible probar hechos que ocurrieron hace más de 20 años con requisitos que no se exigían para la época del traslado, pues, como prueba del cumplimiento del deber de información solamente se tiene el formulario de afiliación, con el que además, se prueba el consentimiento libre, voluntario y sin presiones. Finalmente, solicitó que de confirmarse la sentencia, se condicione su cumplimiento hasta tanto la A.F.P. PORVENIR S.A. realice la devolución de los valores ordenados.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó que fuese revocada la sentencia en su totalidad, toda vez que se aparta de la decisión tomada por el a quo, en la medida que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en que se basó, no es de aplicación automática, pues los supuestos fácticos son diferentes en el caso

concreto, toda vez que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, ni tenía una expectativa legítima de pensión.

Señaló, que no es dable que se exija el cumplimiento del deber de información y el consentimiento informado con unos requisitos que no existían para la fecha del traslado, ya que el formulario de afiliación sí acredita la voluntad del afiliado de trasladarse.

Por último, respecto a la devolución de los gastos de administración, adujo que los mismos tienen autorización legal y destinación específica de conformidad con la Ley 100 de 1993, razón por la cual, estas sumas ya fueron invertidas en la forma exigida en la ley y ya no se encuentran en poder de ésta A.F.P., sumado a que, a los mismos les aplica el fenómeno prescriptivo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: *i)* la demandante nació el 17 de marzo de 1960 (f.º 3); *ii)* que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 1.º de octubre de 1989, donde cotizó un total de 278,71 semanas (f.º 63-68); *iii)* y que el 10 de septiembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme a la solicitud de vinculación allegado al proceso (f.º 100), donde actualmente se encuentra vinculada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de

manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 100, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 10 de septiembre de 1999, con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que “la reacción 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, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la

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

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

celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

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

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver las cotizaciones, rendimientos financieros, y gastos de administración, que posea la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. PORVENIR S.A. el 10 de septiembre de 1999, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de marzo de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

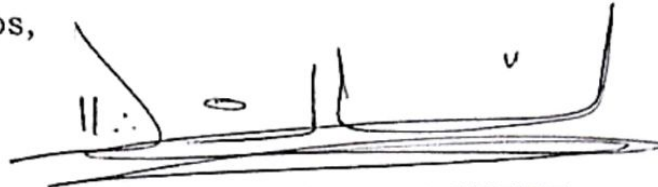
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**,

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

atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA