



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JULIA YANNET NIÑO SOLANO** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 001 Tr (008 2019 00446) 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante Julia Yaneth Niño Solano, respecto de la sentencia proferida el 24 de junio de 2021, por el Juzgado 1.º transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 8 reverso (cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que ha existido un vicio de consentimiento en el contrato de administración de las pensiones obligatorias suscritas entre la demandante y demandada en el presente caso y como consecuencia declarar la nulidad de los traslados efectuados a PROTECCIÓN S.A., para lo cual la demandante cotizó en I.S.S. desde el día 28 de noviembre de 1985 hasta 31 de mayo de 1994, y a PROTECCIÓN S.A., el 12 de mayo de 1994, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, se debe reconocer el derecho a un reconocimiento de pensiones de vejez, debe tener afiliación a pagar las diferencias del monto pensional del R.A.I.S., COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.º 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 17 de diciembre de 1960; realizó aportes en I.S.S., entre el 28 de noviembre de 1985 y el 31 de mayo de 1994; posteriormente, los consignó en el extinto I.S.S. desde el 28 de noviembre de 1985 hasta el 1.º de abril de 1994, momento en el cual PROTECCIÓN

S.A., quienes le brindaron información acerca de las cesantías, lo que motivó su traslado de cesantías a dicho fondo, el 12 de mayo de 1994 se trasladó al mismo fondo de pensiones, tiempo en el que recibió los extractos en donde le mostraban información acerca de la rentabilidad de sus aportes.

Agregó, que en marzo de 2019, solicitó que se le diera traslado a COLPENSIONES, porque le ofrecieron una mayor rentabilidad, y de ese fondo así como de PROTECCIÓN, también recibió extractos en donde se informaba la rentabilidad individual, el movimiento de las cuentas, los informes de inversiones, pero nunca se le hizo una proyección de su mesada pensional a futuro, ni se le asesoró acerca de cómo mejorarla; recibió publicidad engañosa en el que se indicaba que la pensión en los fondos privados se le podía dejar a quien quisiera, mientras que en el régimen de prima media no, y que la rentabilidad en el fondo es individual, mientras que en el otro régimen es compartida, no obstante, nunca le explicaron esos aspectos a través del tiempo, ni tampoco que podía devolverse faltándole 10 años para cumplir la edad.

Afirmó, que en el año 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada tanto por PROTECCIÓN S.A. y también COLPENSIONES (f.º 58-60), de la primera, (f.º 55-56) de la última.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 16 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 81-83).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones declarativas y condenatorias, en su defensa invocó la 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, inexistencia del vicio de consentimiento por error de derecho, compensación, innominada o genérica (f.° 89-97).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica (f.° 113-120).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 162,).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1.° primero transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de junio de 2021, absolvió a las entidades demandadas de las pretensiones invocadas en la demanda, así como también, no condenó en costas a las partes; y por último, concedió el grado jurisdiccional de consulta ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral (f.° 139-142).

IV.ACLARACIÓN PREVIA

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412, y

CSJ STL3716-2020; así como también, a la postura del Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020 y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional Julia Yaneth Niño Solano demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 17 de diciembre de 1960 (f.º 15); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 28 de noviembre de 1985 hasta el 31 de mayo de 1994, 427.00 semanas (f.º 18-19); **iii)** que en mayo de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 12 de mayo de 1994 (f.º 18-19), **iv)** que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, aspira a ser retornada al régimen de prima media con prestación definida, en este caso, a COLPENSIONES, para lo cual ostenta un total de 1639.86 semanas cotizadas (f.º 21-30); **v)** según lo informado por dicha A.F.P. en la

historia laboral que reposa de la demandante y la constancia de afiliación a COLPENSIONES (f.º 18-19); **vi)** que le fue reconocida la pensión de vejez en la garantía de pensión mínima temporal (Decreto n.º 142 de 2006), la cual fue comunicada el 1.º junio de 2018, pero con pago retroactivo, a partir del 1.º de enero 2018, bajo modalidad retiro programado (f.º 43-51), lo cual fue reconocido a través del memorial presentado por el apoderado de la actora y que se encuentra visible a folios 54 y 55.

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, relacionada con 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.

Antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional, de ahí que tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, y por ende, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de ese deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si la persona era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado (CSJ

SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, STL8125-2020).

También, la jurisprudencia ha establecido que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esto es, no prueba la información otorgada, pero sí prueba, a lo sumo, el consentimiento del afiliado sin vicios, sin que sea necesario acreditarlos para predicar la falta de información por parte de los fondos de pensiones (CSJ SL19447-2017, SL1452, SL1688, SL1689 y SL4426 de 2019, entre otras).

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 12 de mayo de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme el formulario de afiliación y traslado allegados al proceso, visible a (f.º 20-30), 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; de manera que, faltar al deber de información que tienen las administradoras de los fondos privados para efectuar los traslado, conlleva a declarar la ineficacia del acto.

Sin embargo, en este preciso caso, a pesar de que no hay duda de la deficiencia en la información por parte de PROTECCIÓN S.A., no podría declararse la ineficacia de la afiliación, porque no es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, o de no haberse afiliado al R.A.I.S. la demandante, por cuanto aceptó el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado que le hizo ésta A.F.P. a través del Decreto n.º142 de 2006, comunicada el 1.º junio 2018, y en donde le reconocieron un retroactivo pensional, a partir del 1.º de enero 2018 (f. 43-51); pues, de conformidad con los documentos que reposan en el expediente, está claro que le fue

reconocida y pagada su pensión de vejez, con su respectivo retroactivo en el mes de junio del mismo año, aceptando expresamente el pago de la misma, como lo admitió en él, sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad.

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.° de 2005, en la medida en que la calidad de pensionada es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, pues la prestación que hoy percibe, es a su vez financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.

Es que no se puede borrar la calidad de pensionada 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; de modo que no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con Colpensiones, aseguradoras, A.F.P., entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida, entre muchas otras situaciones ya consolidadas, que inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (CSJ SL373-2021).

Es más, la demandante en este caso, se pensionó en la modalidad de retiro programado a sus 58 años de edad, y la prestación que hoy goza fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que, no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.

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:

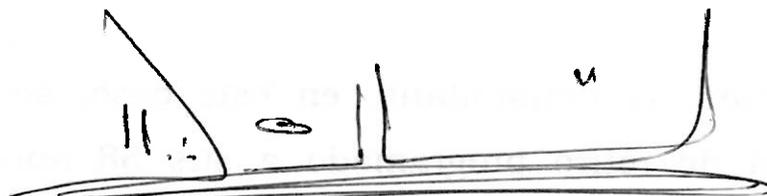
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida proferida el 24 de junio de 2021, por el Juzgado 1.º transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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



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 **OFELMINDA PACHÓN URREGO** contra **GESTAR INNOVACIÓN S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 008 2019 00554 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre 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 4 de febrero de 2021, por el Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara que, entre ella y la demandada, existió un contrato de trabajo por obra y labor contratada desde el 20 de noviembre de 2017, el cual terminó por retiro voluntario el 23 de agosto de 2018, y que el salario que devengó para el 2017, fue de \$3.200.000 (folios de 12 a 20), que la demandada al momento de su retiro no canceló la totalidad de su liquidación definitiva de acreencias laborales.

Consecuencialmente, que se condenara a la demandada al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 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 22 de noviembre de 2017, suscribió un contrato de trabajo a por obra y labor contratada con la entidad demandada, que devengaba un salario en la suma de \$3.200.000; que el 1.º de febrero de 2018, suscribió un otrosí al contrato de trabajo, donde se modificó la jornada laboral y el salario a devengar; que presentó un derecho de petición ante la accionada, explicándole los motivos por los cuales no podía seguir laborando; que la demandada no ha pagado la liquidación final de prestaciones a la demandante y que ella es madre cabeza de familia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de octubre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la demandada.

GESTAR INNOVACIÓN S.A.S., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. En lo referente al pago de las vacaciones y las prestaciones sociales, allegó el pago de las acreencias laborales de la demandante, acreditándose que este se realizó el 25 de noviembre de 2020, por el valor de \$ 5.807.950; además, argumentó que siempre su actuación estuvo provista de la buena fe, y que debido a una situación económica desafortunadamente no logró cumplir con sus obligaciones jurídico - laborales para con sus trabajadores, que la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no es de carácter automático, si no que deben valorarse el comportamiento de las partes.

Propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda, y las excepciones de fondo, de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, pago y compensación y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 4 de febrero de 2021, condenó a la demandada **GESTAR INNOVACIÓN S.A.S.** a pagar a la demandante **OFELMINDA PACHÓN URREGO** la suma de \$61.866.280, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; Por otro lado, absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda; declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, y sin costas en la etapa procesal.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si la actora tenía derecho o no, a la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Manifestó, que de acuerdo con el criterio adoptado de forma reiterada por nuestro órgano de cierre, el empleador corría con la carga de demostrar su buena fe al momento de liquidar las acreencias laborales y que es solo aplicable la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el evento que no logre demostrar las circunstancias que le hicieron imposible el cumplimiento de sus obligaciones con ocasión al contrato de trabajo, y en caso de que no se cumpla la carga se resolverá desfavorablemente a este.

Indicó, que con el material arrimado al proceso no quedo demostrada la buena fe, toda vez que la misma estaba en obligación de pagar las acreencias laborales, aunado los directores de la Compañía conocían de las acreencias laborales, y estos, no adelantaron gestiones algunas para cancelar los valores adeudados, ni la sociedad entró en liquidación para satisfacer las obligaciones patronales. por lo que concluyó, que la demandante tenía derecho a la indemnización que trata el artículo 65 ídem.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión del juez de primera instancia, argumentó que la demandada obró de mala fe, incumpliendo su obligación de pagar la liquidación definitiva de acreencias laborales, incluso antes de la declaratoria de emergencia sanitaria por parte del Gobierno Nacional, y que esta no es óbice para calcular la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, hasta que se configure efectivamente el pago de las obligaciones y que conforme al otrosí n.º1 suscrito por las partes, el salario era de \$ 4.800.000, que obra a folio 21 del expediente, y no de \$ 3.200.000, salario con la cual fue liquidada la sanción del artículo 65 ibídem; además, que no se demostró la buena fe del demandado.

La parte **DEMANDADA**, igualmente interpuso recurso de apelación en contra de la decisión, adujo que nunca dejó de pagar la liquidación de acreencias laborales bajo el principio de buena fe; que pagó todas las acreencias laborales; manifestó también, que quedó demostrada que la compañía atravesó una situación económica grave, lo cual le impidió pagar sus obligaciones laborales a tiempo debido a una deficiencia en el flujo de caja.

Alegó, que solo contaba con un cliente para el año 2017, 2018 y 2019, por lo que atravesó una grave situación económica debido a embargos que agravaron la mencionada crisis, lo que trajo como consecuencia el retraso en el pago de las acreencias laborales.

Finalmente, manifestó que ejerció varias actividades con la finalidad de recibir recursos adicionales, los cuales tenía por finalidad pagar las acreencias laborales adeudadas, muestra de ello, fue la suscripción de más de 100 acuerdos de pagos con extrabajadores de la Compañía.

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 o no, la buena fe, y de no haber sido así, determinar el monto al cual asciende la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, así como establecer bajo qué salario tasar la eventual indemnización moratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante prestó sus servicios a la demandada, mediante un contrato de trabajo por obra y labor contratada, desde el 1.º de

diciembre de 2017, hasta el 23 de agosto de 2018 (f.º 12-20); **ii)** que el último cargo que desempeñó, fue el de “*médico de calificación*” (f.º 12); **iii)** que para el año 2017, devengó un salario de \$3.200.000 (f.º 12), **iv)** que el día 23 de agosto de 2018, la demandante decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo; y **v)** que el 25 de noviembre de 2020, la demandada consignó el valor de las acreencias a la demandante por el valor de \$ 5.807.950 (f.º28).

En reiterada jurisprudencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer la procedencia de la indemnización moratoria es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago, total o parcial, a la terminación del contrato de trabajo, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (Sentencia CSJ SL2317-2021, Rad. 77600; entre otras).

Ahora bien, del acervo probatorio allegado al proceso se observa que el día 25 de noviembre de 2020, la entidad demandada realizó el pago de la liquidación definitiva de acreencias laborales, para lo cual

aportó como elemento probatorio el comprobante de transacción electrónica, no obstante, no logró acreditar la buena fe, fundamento principal de oposiciones a la pretensión de aplicación de la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por haber pagado los salarios y prestaciones sociales a la trabajadora, y las mismas, no se pueden trasladar a ellos.

Por tal razón, por no haberse acreditado la buena fe por parte de la demandada, pero solo hasta el día 25 de marzo de 2020, al tenerse en cuenta lo atinente al hecho notorio de la pandemia por COVID-19, que actualmente vivimos por el confinamiento ordenado por el Gobierno Nacional a través del Decreto n.º457 de 2020, ante lo cual, a partir de allí, si surgió una justificación para la demandada, al verse disminuida las diferentes actividades empresariales; como la juez de primera instancia llegó a la misma conclusión, esta corporación **CONFIRMARÁ** la condena hasta el día arriba mencionado.

Ahora bien, en lo referente al salario aplicado en la condena impuesta, este tribunal revocará el fallo de primera instancia, toda vez que se encuentra plenamente demostrado en el plenario, que el último salario devengado por la señora OFELMINDA PACHÓN URREGO, como trabajadora de la sociedad GESTAR INNOVACIÓN S.A.S. fue el de \$ 4.800.000, y no el de \$ 3.200.000, que fue el tenido en cuenta por la juzgadora de primera instancia.

Para tal efecto, ha de tenerse en cuenta que a f.º 21 y 28 obra el otrosí n.º1 del contrato de trabajo, y la liquidación final de acreencias laborales, respectivamente, donde se evidencia claramente que el último salario devengado por la demandante fue de \$4.800.000, por lo que sobre dicho valor era que debía calcularse la respectiva

indemnización moratoria, y no sobre la suma de \$3.200.000, tal y como lo liquidó despacho de conocimiento.

Por lo anterior, 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 1.º de diciembre de 2017, hasta el 23 de agosto de 2018, y que el pago de la liquidación de acreencias laborales fue realizada el 25 de noviembre de 2020; No obstante, al haberse explicado el límite de la indemnización moratoria al 25 de marzo de 2020, y al tenerse como salario la suma de \$4.800.000 mensual, el valor diario del mismo (salario), es de \$160.000, por lo tanto, el monto que debe reconocer GESTAR INNOVACIÓN S.A.S. a la demandante, corresponde a la suma de \$92.800.000, esto es, desde el 24 de agosto de 2018 hasta el 25 de marzo de 2020, teniéndose en cuenta lo dicho, al revisar la condena establecida por el *a quo*, nos arroja un valor totalmente diferente, por lo que sobre este punto en controversia habrá de **modificarse parcialmente** la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2021, por el Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, disponer lo siguiente:

- **PRIMERO:** Condenar a la demandada GESTAR INNOVACIÓN S.A.S., pagar a la demandante OFELMINDA PACHÓN URREGO, por concepto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la suma de \$92.800.000, en razón de \$160.000, diarios, desde el 24 de agosto de 2018 hasta el 25 de marzo de 2020, al tenerse como salario la suma de \$4.800.000 mensual, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

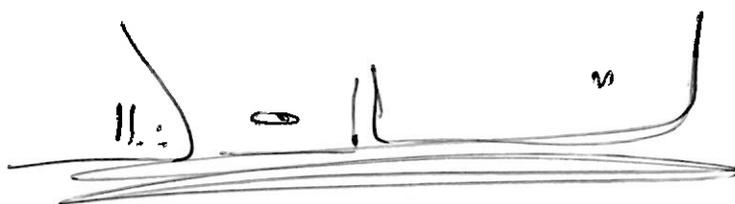
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MIGUEL ÁNGEL RENGIFO** contra **FARMATODO COLOMBIA S.A.**

EXP. 11001 31 05 009 2015 00731 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre 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 los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2020, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara que entre él, y Farmatodo Colombia S.A., existió un contrato laboral a término indefinido que inició el 23 de agosto de 2004, y terminó el 30 de julio de 2012, sin justa causa por parte de la demandada, debido a que la misma no solicitó autorización ante el Ministerio del Trabajo para su despido, pese a ser un sujeto de especial protección amparado por la garantía de estabilidad laboral reforzada, y que por ello, dicho despido fue ineficaz.

En consecuencia, que se condenara a la demandada a pagarle la indemnización por despido injusto de acuerdo con lo previsto en el inciso 2.º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; a reintegrarlo y vincularlo a un cargo de similares o superiores condiciones al que estaba vinculado bajo la misma modalidad contractual; al reconocimiento y pago de las acreencias laborales e indemnizaciones a las que hubiere lugar, y a efectuar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud y Pensión.

Subsidiariamente, solicitó que se condenara a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para el efecto, manifestó que el 23 de agosto de 2004, celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, para desempeñar el cargo de asistente de gerencia, en la tienda ubicada en la calle 106 de la Ciudad de Bogotá D.C.; que posteriormente, fue ascendido al cargo de gerente de tienda, y que cumplía con una extensa jornada laboral, de 12 horas diarias de lunes a domingo, y que el día 30 de julio de 2012, la empresa dio por terminado su contrato laboral sin justa causa.

Sostuvo, que durante la vigencia de la relación laboral, comenzó a presentar constantes daños en salud, como fuertes dolores de

cabeza, pérdida en el movimiento de su brazo derecho, y motricidad fina de su mano y pierna derecha, como se desprende de los controles médicos que tuvo desde el 12 de noviembre de 2011 hasta el 17 de febrero de 2012; que las directivas de la empresa, sus compañeros de trabajo, y la directora de recursos humanos conocían sus patologías, pero que aún así siguió desempeñando sus labores cumplidamente; que cuando las directivas de la empresa notaron su deterioro físico por causa de sus enfermedades le pidieron la renuncia; que él se negó a renunciar, y que posteriormente, fue despedido sin justa causa.

Agregó, que la demandada no le pagó la indemnización por despido injusto; que después de lo sucedido entró en una gran depresión que agravó su enfermedad; que fue diagnosticado con párkinson, y que todo lo anterior era demostrativo que la causa de su desvinculación fue su grave estado de salud.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de septiembre de 2015, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 100).

FARMATODO COLOMBIA S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Manifestó, que la decisión de despedir al actor, el día 30 de julio de 2012, obedeció exclusivamente a decisiones administrativas de la empresa, por lo que le fue reconocida la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

También, aseveró que el demandante no era sujeto de especial protección pues nunca tuvo conocimiento del precario estado de salud que este alegó en la demanda. Propuso la excepción de inexistencia de justa causa y título para pedir (f.º 135 - 146).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 9 de diciembre de 2020, declaró que entre el actor y Farmatodo Colombia S.A. existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 23 de agosto de 2004, y finalizó de manera unilateral y sin justa causa por parte de la demandada, el 30 de julio de 2012; condenó a la demandada a pagarle al actor la suma de \$17.974.271, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Respecto de la pretensión del reintegro, señaló, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dispone que ninguna persona podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo, y que quienes fueran despedidos, por dichas condiciones, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario.

Indicó, que en sentencia SL-3772 de 2018, la Honorable Corte Suprema de Justicia, determinó que para que el despido sea ineficaz y opere la estabilidad laboral reforzada en personas en condición de discapacidad el trabajador debe padecer de un estado de incapacidad en grado moderado, severo o profundo; el empleador debe tener conocimiento del mismo, y debe despedir al trabajador de manera unilateral, sin justa causa y sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo, y que dichos supuestos debían ser demostrados por el trabajador.

Señaló, que si bien en el presente caso se demostró que la relación laboral del actor se extinguió sin justa causa imputable a la demandada, con el material probatorio arrimado al proceso, no se pudo establecer que el demandante, al momento de la terminación del contrato, esto es, el 30 de julio de 2012, presentara una discapacidad relevante, o alguna que le impidiera o le dificultara en

grado sustancial el desempeño de sus labores, y que esta fuera conocida por la demandada, por lo que no era procedente ordenar su reintegro, ni el pago de la totalidad de las acreencias laborales solicitadas.

No obstante, aclaró que si procedía el pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual fue pretendida de forma subsidiaria por el actor.

Finalmente, respecto de la culpa patronal por daños causados al trabajador por el incumplimiento de las obligaciones del empleador, y la ineficacia de la cláusula de remuneración pactada en el contrato de trabajo, situaciones mencionadas por la apoderada de la parte demandante en sus alegatos; precisó, que las mismas no fueron materia de debate del presente juicio, como quiera que no se incoaron en el libelo inicial, y tampoco fueron fijadas en el litigio, sin que haya habido oposición alguna de la parte actora, no podía emitir pronunciamiento alguno al respecto.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Esgrimió, que en el presente caso se probó la responsabilidad laboral de Farmatodo S.A., el hecho ilícito, y el nexo causal, en el daño y perjuicio causado al trabajador, por lo que solicitó que en uso de las facultades ultra y extra petita se analizara detalladamente el incumplimiento de la demandada de la obligación establecida en el numeral 2.º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo.

Agregó, que dentro del expediente no obraba la Resolución del Ministerio que autorizara la implementación de horas extras, y que el

actor, siempre trabajó de 6 de la mañana a 11 o 12 de la noche, sin recibir pago alguno por dicho concepto, ni por recargos nocturnos, festivos, o dominicales.

Dijo, que se vulneró lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como quiera que en sentencia T-019 de 2011, la Corte Constitucional estableció que existe una presunción de despido por condición de discapacidad a favor del empleado, y que no es necesario que el empleador tenga conocimiento de la misma para que se proteja al trabajador, pues existe unidad de protección en virtud del principio de solidaridad.

Señaló, que no era dable admitir el hecho de que la demandada no conociera el estado de salud de su trabajador, pues este era un hecho notorio, y de conocimiento público por parte de los trabajadores y directivos de la demandada, y que a la luz del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, este tipo de hechos no requieren prueba dada la claridad con la que se presentan, y que el trabajador tampoco estaba obligado a informarlo.

Indicó, que Famisanar se negó a calificar al actor, por lo que solicitó que se requiriera a dicha E.P.S. a efectuar este procedimiento, y que la conducta de la demandada era violatoria de los derechos fundamentales del actor al trabajo, a la salud, a la vida, a la igualdad, y al debido proceso.

De otra parte, indicó que se vulneraron las normas relativas a la liquidación de los factores salariales, que hubo una indebida aplicación del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, debido a que de la cláusula tercera del contrato de trabajo del actor se evidenciaba que casi que lo habían obligado y coaccionado a renunciar a derechos irrenunciables, y que a la fecha le adeudan todas las prestaciones sociales.

LA PARTE DEMANDADA, en su escrito de apelación, solicitó que fuera revocada la sentencia en lo que respecta a la condena de la indemnización por despido sin justa causa.

Arguyó, que la terminación del contrato de trabajo del actor, obedeció a una decisión exclusivamente administrativa de la compañía, y que el demandante, conforme a lo manifestado por su apoderada, recibió una suma aproximada de \$ 29.000.000, a la finalización del mismo, en la que se incluyó la indemnización por despido sin justa causa.

Afirmó, que cumplió a cabalidad lo dispuesto en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 789 de 2002, bajo el entendido de que reconoció y pago la totalidad de la suma que se pretendía en el presente proceso, y que el demandante pretendía desvirtuar la naturaleza del pago que recibió, lo que daba cuenta de su actuar de mala fe.

Agregó, que en la misiva de terminación de contrato de trabajo que data del 30 de julio de 2012, se le indicó al actor que podía reclamar las sumas que se le adeudaban en la oficina de recursos humanos, correspondientes a las prestaciones sociales como a la indemnización a la que tenía derecho, y que este documento no fue tachado por falsedad.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir las apelaciones interpuestas por ambas partes, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes. La sala tendrá como problemas jurídicos, los siguientes:

i) determinar si en el presente caso, el actor se encontraba protegido por el fuero de estabilidad laboral reforzada al momento del despido, y en caso afirmativo, establecer la procedencia de las condenas solicitadas, **ii)** y si el actor fue despido sin justa causa, para establecer la procedencia de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Previo a entrar en materia, debe indicar la sala respecto de las inconformidades de la parte demandante en torno a la culpa patronal de la demandada; el supuesto incumplimiento de lo establecido en el numeral 2.º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo por parte de esta; el no pago de las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos al actor, y la violación de lo establecido en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, que la sala no efectuará pronunciamiento alguno sobre las mismas, por cuanto no fueron objeto de debate en el presente proceso, ni hicieron parte de la fijación del litigio, sin que la parte demandante haya manifestado inconformidad alguna al respecto en la debida oportunidad procesal para ello.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la parte actora se refirió a las cuestiones referidas únicamente en sus alegatos de conclusión, y no en su escrito de demanda, y que al juez de primera instancia, *«le corresponde emitir una sentencia acorde con los hechos y pretensiones del escrito inaugural, las excepciones propuestas o aquellas que estén probadas según el caso y los hechos que precisó el juez al momento de la fijación del litigio. De modo que esa regla procesal en salvaguarda del debido proceso y el derecho de defensa proscribe que el juez en su decisión varíe la causa petendi con la introducción de hechos nuevos o modifique el petitum de la demanda o los medios exceptivos propuestos por la contraparte, salvo cuando la ley habilite su actuación oficiosa»* (SL-3144-2021).

Tampoco, puede perderse de vista que los alegatos de conclusión son un informe que presenta los apoderados de las partes para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos

en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de *«apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia»* (CSJ SL-3144-2021, CSJ SL-4397-2015 y CSJ SL-2136-2014).

Finalmente, se precisa que el juez colegiado no puede pronunciarse sobre estos temas en virtud de las facultades extra y ultra *petita*, como lo pretende la apelante, como quiera que nuestro máximo órgano de cierre ha precisado que estas facultades radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, y el juez de segundo grado no puede hacer uso de ellas, salvo que se trate de derechos mínimos e irrenunciables que hayan sido discutidos en el juicio, y estén debidamente probados (CSJ SL5863-2014 y CSJ SL2808-2018).

En este orden, procede la sala a pronunciarse sobre lo relativo a la estabilidad laboral reforzada que alegó el actor tener, a la finalización de su contrato de trabajo con la demandada.

Dentro del plenario, no fue objeto de discusión que entre las partes **i)** existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 23 de agosto de 2004 (f.º 17 - 18), **ii)** y que la demandada terminó el vínculo laboral unilateralmente y sin justa causa el día 30 de julio de 2012 (f.º 23).

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece una protección legal para aquellos trabajadores que padezcan una limitación

psíquica, sensorial o mental. Su objetivo fundamental, es garantizar la inclusión de las personas en condición de discapacidad en el mercado laboral de manera equitativa, y evitar la materialización de conductas discriminatorias por parte de los empleadores respecto de éstos. Así las cosas, para despedir a un trabajador en situación de discapacidad, es necesario que medie la autorización del Ministerio del Trabajo.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que la limitación que ostenta el trabajador, para establecer que efectivamente goza de estabilidad laboral reforzada, debe tener carácter al menos de moderada, esto es cuando la discapacidad de este represente como mínimo, el 15% de la pérdida de capacidad laboral, *«pues no es suficiente por sí el solo quebrantamiento de su salud o el encontrarse en incapacidad médica»* (SL10538-2016, SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018, SL2797 - 2020 y SL477-2020). Así, en las sentencias SL-10538 de 2016 y SL-5163 de 2017, la Corte estableció que gozarán de dicha protección los trabajadores con grado de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%), y profunda (mayor del 50%).

Sumado a ello, en sentencia SL-5184 de 2020, nuestro órgano de cierre, precisó que para que pueda tipificarse la figura de la estabilidad reforzada, *«es preciso primero, que se trate de personas con discapacidad, segundo, que el hecho sea conocido por el empleador, y, tercero, que la ruptura contractual obedezca a esta situación del trabajador»*.

Por su parte, en sentencia SU-049 de 2017, la Corte Constitucional determinó que podía ampararse el derecho a la estabilidad laboral reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la Oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o

profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

No obstante, a juicio de esta Sala se considera más razonable el criterio de la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que es el que se acogerá para emitir la presente decisión, pues es claro que los destinatarios de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, son aquellos trabajadores que tengan una condición de discapacidad en grado «*moderado*», «*severo*» o «*profundo*», en los términos del artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001, independientemente de su origen y sin exigencias adicionales, por lo que para su activación, únicamente basta al menos el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, que es cuando puede decirse que la persona tiene una *discapacidad* objeto de protección (CSJ SL, 27 en. 2010, rad. 37514, CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL5181-2019 y CSJ SL2841-2020).

Ahora bien, respecto de la referencia hecha por la parte actora a la sentencia T-019 de 2011, proferida por la Corte Constitucional, debe aclararse que los fallos de tutela emitidos por dicha autoridad, tienen por regla general, efectos respecto de las partes involucradas en el trámite, esto es, *inter partes*, sin que sea procedente que la regla definida en ellas se aplique a terceros que no fueron parte de la actuación constitucional, a menos de que la Corte, decida modular el fallo extendiendo sus efectos a personas que, estando en situación equiparable a la demandante no hayan instaurado acción de tutela, o que, acudiendo al mecanismo obtuvieron pronunciamientos diferentes (SL2350-2020 y SL5079-2020).

Así, descendiendo al caso objeto de estudio, a juicio de esta sala, el actor no logró demostrar que se encontrara en una situación de discapacidad que fuera determinante para impedir su desenvolvimiento laboral cuando ocurrió su despido el día 30 de julio de 2012 (f.º 23), por lo que el mismo no puede presumirse discriminatorio.

Lo anterior, por cuanto las pruebas obrantes en el expediente, como lo es ,la historia clínica que data del 3 de febrero de 2012 (f.º 8), la cual refiere que el actor para esa época padecía de una enfermedad llamada *“TEMBLOR EN MSD”*, con la siguiente observación *“CON ALTERACIÓN DE MOVIMIVIENTO FINO EN LA MANOR DER - LIMITA LA ESCRITURA”* (f.º 8), y la historia clínica emitida el 15 de diciembre de 2011, en la que se le indicaron una serie de recomendaciones, no dan cuenta de la existencia de un grado de discapacidad significativo, que impidiera que el actor realizara sus funciones, máxime si se tiene en cuenta que no le fueron emitidas incapacidades dentro de ese lapso, así como también lo admitió en su interrogatorio de parte.

Es de aclarar, que pese a que el actor aportó más historias clínicas, las únicas emitidas con antelación a su despido fueron las acabadas de referir, pues la historia clínica aportada por Famisanar E.P.S. las cuales se refieren a las graves patologías de salud que padece el actor fue emitida el día 28 de agosto de 2018, esto es, 6 años después a la fecha de su despido.

Igualmente, obra oficio de 13 de julio de 2017, emitido por CAFESALUD E.P.S., entidad que indicó que el actor no registra procesos de calificación por parte de su área de medicina laboral. Sobre este punto, se precisa que aún cuando la recurrente manifestó que Famisanar E.P.S. se ha negado a realizar el proceso de

calificación del actor, lo cierto es que hasta el 30 de junio de 2017, este proceso debía ser realizado por CAFESALUD E.P.S., entidad a la que se encontraba afiliado al actor, y por la cual, que en los 5 años posteriores al despido no fue calificado (f.º 174).

De otra parte, se tiene que el testigo Carlos Enrique Julio Herrera, quien laboró para la empresa demandada entre el 2006 y el 2010, señaló que el demandante no estaba diagnosticado con alguna patología durante el tiempo en que laboró en Farmatodo S.A., y que si bien era cierto que presentaba dificultades en su salud las mismas no eran muy perceptivas, así como que desconocía el hecho de si el demandante en algún momento le manifestó a la demandada su condición de salud.

El testigo John Feider Rengifo, hermano del demandante, expuso que visitaba con frecuencia al actor en su puesto de trabajo, y que para los años 2010 o 2011, junto con su esposa, percibió el deterioro de salud de su hermano, debido a unos cambios que presentó, que a su juicio resultaban notorios, y agregó también, que desconocía si su hermano le había comentado a la empresa de su estado de salud.

En este orden, no le queda a esta sala otro camino que **confirmar** la decisión de primera instancia, como quiera que no se demostró que el actor, al momento de la terminación de su contrato de trabajo (30 de julio de 2012), tuviese una pérdida de capacidad laboral al menos de un grado de 15%, y que esta hubiese sido debidamente conocida por el empleador, como para invocar la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

De la carta de terminación del contrato de trabajo del actor, que data de 30 de julio de 2012 (f.º 23), se desprende que la demandada no invocó justa causa alguna para tomar dicha determinación, por lo que es claro que el demandante si tenía derecho al reconocimiento de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, dentro del plenario no obra prueba que de cuenta de que el demandante haya recibido el valor correspondiente a dicho concepto.

Si bien la demandada indicó en su recurso de apelación que en la misiva de 30 de julio de 2012, se le indicó al actor que podía acudir a la Gerencia de Recursos humanos para reclamar el pago de las prestaciones sociales y de la referida en la indemnización, lo cierto es que no hay evidencia de que efectivamente el demandante haya recibido el pago de esta, como quiera que no se aportó la liquidación de prestaciones sociales, con la constancia de recibido o de aceptación de los valores allí descritos por parte del demandante. Por lo que sobre este punto también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2020, por el Juzgado Noveno 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.

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 **ARTURO LOMBANA GARZÓN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 011 2019 00409 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) septiembre 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 las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 8 de julio de 2021, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **MARÍA ALEJANDRA ALMANZA NUÑEZ**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 6 (cuaderno del Tribunal).

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a la abogada **BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 45 (cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de la afiliación de los traslados efectuados a AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 15 de febrero de 1995, por existir un engaño y asalto en su buena fe, viciando su consentimiento, clara y precisa; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a AFP COLPATRIA hoy PORVENIR trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (Archivo 1, pág. 9).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 24 de julio de 1961, así mismo que el 18 de abril de 1979 hasta el 31 de marzo 1995, el demandante estuvo afiliado al fondo de pensiones del instituto del Seguro Social, para tener un buen manejo de su dinero. Arguyó, que el asesor de AFP Colpatria hoy Porvenir, le realizó un estudio de sus datos personales, y que tampoco le

entregaron una copia de dicho estudio hecho al demandante, por lo tanto, el asesor de COLPATRIA hoy PORVENIR, lo asesoró diciéndole que no tendría una mesada pensional acorde a su salario.

Por lo tanto, el asesor de COLPATRIA hoy PORVENIR, adujo en mentiras al señor Arturo Lombana Garzón, diciéndole que podía acceder a la pensión de vejez mucho más joven, incluso una pensión superior a la que le podría ofrecer Colpensiones, por lo tanto, se trasladó del régimen de prima media, al régimen de ahorro individual.

Debió, que para el año de 1997, cuando laboraba en Banco Caja Social, la AFP PROTECCIÓN acudieron a la empresa que laboraba, en la cual le dieron una información donde obtendría mayor beneficios en dicho fondo, por lo tanto, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN, pero nunca se le asesoró de las desventajas de estar en un fondo privado a futuro, y no se le realizó una proyección pensional.

Añadió, que para el año 2013, lo visitó un asesor de PROTECCIÓN, quien le realizó una proyección pensional de una cuantía de \$2.635.277 que correspondía al 87.84%, y en COLPENSIONES hubiera sido menor la cuantía, se trasladó a Porvenir, porque le ofrecieron una mayor rentabilidad. Que nunca le hicieron una proyección de su mesada pensional a futuro, ni se le asesoró acerca de cómo mejorarla; por lo tanto, recibió publicidad engañosa, en el que se indicaba que la pensión que obtendría en los fondos privados sería de una cuantía de 87.84%.

Para el año 2018, solicitó una nueva proyección de cómo le quedaría su mesada pensional, y obtuvo una cuantía de \$1.969.916, totalmente adversa a la realizada en el 2013, y más aún, cuando tenía

cotizado para ese año 2018, 1815.57 semanas cotizadas, al sistema general de pensiones.

Afirmó, que en el año 2019, radicó derecho de petición ante Protección, intentando su traslado de régimen, así mismo también solicito el formulario de afiliación (Archivo 001 pág. 11). Así mismo, en el año 2019, solicitó mediante radicado a la AFP Colpensiones, solicitando que se declarara la nulidad de traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, y se retornara al régimen de prima media con prestación definida, pero dicha solicitud fue negada por parte de COLPENSIONES.

Aseveró, que su mesada pensional en protección quedaría en \$1.969.918, en comparación en COLPENSIONES le quedaría en \$3.182.762, por lo tanto, afirmó que su mesada pensional no sería justo a lo que ha laborada a lo largo de su vida.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de noviembre de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 1, pág. 105).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones; propuso como excepciones de fondo y de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, por lo que protección actuó bajo los términos legales, buena fe, todas las asesorías se brindaron de manera íntegra, prescripción toda vez que han transcurrido mas de 4 años desde la suscripción del formulario. (Archivo 1, pág. 179-185).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la obligación alegada, (Archivo 1, 284-296).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de fondo las de prescripción, la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación buena fe, (Archivo 001 pág. 329-330).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (archivo 4, pág. 1-3).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de julio de 2021, declaró “la ineficacia del traslado” que de régimen pensional realizó el demandante Arturo Lombana Garzón del régimen de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.; así mismo, ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses, rendimientos y gastos de administración.

También, ordenó a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, que aceptara al actor en el régimen de prima media con prestación definida, reactivara su afiliación en el mismo, sin solución de continuidad, y corrigiera su historia laboral conforme los

dineros trasladados del R.A.I.S. Y las costas a cargo de PORVENIR S.A., y en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a un salario mínimo.

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que no procedía el traslado del régimen pensional conforme con Artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal (e), el cual se dice, que después de un año de vigencia la presente ley, el afiliado no podría trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad, para que hubiera obtenido el derecho a la pensión de vejez, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Por lo contrario, con base en el interrogatorio de partes que presento el demandante en la presente audiencia, claramente se puede demostrar que no hubo falta de asesoría por parte de los fondos, y el demandante los hizo de manera libre y voluntaria.

PORVENIR S.A., sostuvo que no se incurrió en una prohibición legal, que impidiera el traslado de régimen al demandante, por ende, se trató de un acto voluntario y libre, máxime al acto de afiliación, y que además, no le son oponibles, ni aplicables a su representado PORVENIR, para los momentos en el que el demandante suscribió los diferentes formularios de afiliación en el año 1995, posteriormente en el año 2002, y finalmente en el año 2007. Así mismo, dijo que se le puso de presente al demandante todas las características que presentaba el régimen de ahorro individual, y que tuviera una decisión plena y consciente de afiliarse o trasladarse de régimen, o posteriormente de querer permanecer afiliado al interior del mismo.

Adujo, que conforme lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la afiliación debe darse en forma libre y voluntaria, tal y como lo manifestó el demandante en el interrogatorio de parte, que su afiliación o sus diferentes afiliaciones, se dieron de forma libre, y voluntaria, sin ningún tipo de error, coacción, o fuerza, que pudiera lograr viciar el acto o los actos de afiliación.

También sustentó, que no tiene sentido ordenar la devolución de los gastos de administración que tuvo durante todo el tiempo de representada y que dispuso los recursos del actor hacia COLPENSIONES, toda vez que dicha entidad en ningún momento tuvo la administración de los dineros o de los aportes realizados por parte del demandante, lo que claramente implica un enriquecimiento sin justa causa.

PROTECCIÓN S.A., Apeló, con el argumento que el demandante estuvo afiliado a **PROTECCIÓN**, y dicha AFP realizó una excelente gestión de administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, el cual se evidenció en los altos rendimientos generados. Por lo tanto, la Ley 100, en su artículo 20, autoriza a realizar los descuentos de las mismas, los cuales también se realizan en el régimen de prima media, al devolver esos conceptos de costos de administración, y seguro previsional a **COLPENSIONES** generaría un enriquecimiento sin causa para esa entidad.

V.ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos

referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el día 24 de julio de 1961(Archivo n.º1, pág. 30) **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 18 de abril de 1979 y el 31 de marzo de 1995, 624.23 semanas (Archivo n.º 1, pág. 33); **iii)** que el 15 de febrero de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA, con fecha de efectividad desde 1.º de marzo de 1995 (Archivo n.º 1 pág. 220 y 340);

y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculado a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1884 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de (ARCHIVO n.° 001 pág. 222-240).

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

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

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

El inciso 1.° 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.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación,

de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 31º de marzo de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA. (Archivo n.º 1, pág. 91-220), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a PROTECCIÓN S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles (Archivo n.º 1, pág. 199, 337, 338, 339), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

“la reacción 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

¹ CSJ STL8125-2020.

que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, sobre la inconformidad respecto de la condena en costas de las entidades demandadas, encuentra la Sala que, la imposición de ellas a una parte, es una consecuencia implícita al hecho de haber sido vencida en juicio, conforme se estatuye en el artículo 365 del Código General del Proceso, tal como sucedió con las A.F.P. demandadas en primera instancia, ya que el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, de ahí que tal aspecto deba confirmarse la providencia apelada.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 15 de

³ CSJ SL1688-2019.

febrero de 1995, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA, actualmente hoy llamada PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 91 y 220), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

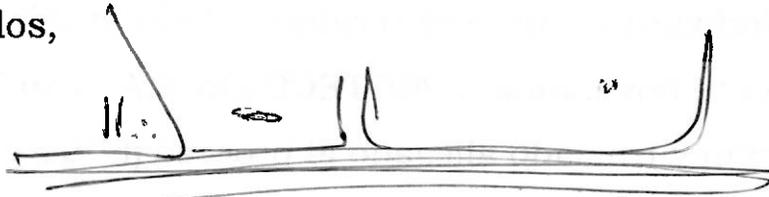
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida proferida el 8 de julio de 2021, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurpzQpBCfdBnw_-H0Z-LUwBZhB2mOq-wDzjklD5P4BelQ?e=aUMier



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NANCY STELLA TORRES NOVOA** contra **FERNANDO MOSQUERA**.

EXP. 11001 31 05 012 2019 00484 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto N° 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 1.º de marzo de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la existencia de un contrato de trabajo desde el 31 de enero de 1994 hasta el 7 de junio de 2019 y, en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de una pensión sanción, prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, indemnización por no consignación de cesantías, sanción por no pago de intereses sobre las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que laboró aproximadamente desde el 31 de enero de 1994 hasta el 7 de junio de 2019, para Fernando Mosquera, como empleada doméstica y percibiendo una suma de dinero no superior al SMMLV; refirió que el 7 de junio de 2019, fue despedida sin justa causa y que el empleador nunca le pagó prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte y aportes a la seguridad social.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1.º de agosto de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 26).

La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora; en lo referente a los hechos, aceptó parcialmente la relación laboral, que cumplía con las labores encomendadas a cabalidad; no aceptó lo concerniente a que no le pagaba puntualmente y que se presentó a laborar hasta el día 7 de junio de 2019, de ahí no regresó más. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe del demandado (fl. 28-33).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 1.º de marzo de 2021, condenó al demandado a pago de los aportes a pensión por el tiempo comprendido entre enero del año 1995 hasta el mes de abril de 2016, observado los siguientes parámetros: desde enero del año 1995 hasta el mes de enero de 2003, en la suma del 50% de un SMMLV; a partir de enero de 2003 hasta noviembre de 2013, en la suma de un SMMLV; y a partir de diciembre de 2013 hasta abril de 2016, en la suma de 2 cotizaciones mínimas semanales en razón de un SMMLV, dividido en semanas.

De igual manera, condenó a la demandada las sumas de dinero: \$360.000 por concepto de cesantías, \$17.280 por concepto de intereses sobre las cesantías, \$360.000 por concepto de prima de servicios, \$180.000 por concepto de vacaciones, y 25.000 diarios por concepto de indemnización por no pago de salarios y prestaciones sociales entre el 7 de junio al 24 de septiembre de 2019; condenó al pago de los aportes a pensión por el periodo comprendido entre el mes de enero de 2017 hasta junio de 2019, en razón de 25.000 diarios y sobre la base de 2 cotizaciones mínimas semanales; declaró probada la excepción de prescripción respecto de salarios y/o prestaciones causadas, entre enero de 1995 hasta abril de 2016 y condenó en costas a la demandada.

Consideró, que no se aportó ninguna prueba documental por lo que el análisis de suscribió a lo manifestado en los hechos de la demanda y su contestación, así como los testimonios recepcionados, sobre los cuales restó credibilidad a Luz Patricia Torres Novoa, puesto que, además de ser una testigo sospechosa, manifestó de manera repetitiva que la demandante laboraba todos los días, sin existir claridad sobre los extremos temporales de la prestación del servicio.

También, expresó que la testigo Nubia Osuna Triana, argumentó que en su declaración que la demandante no laboraba todos los días,

que no era periódica su prestación, que hubo una interrupción del vínculo sin que se precisen fechas.

Así mismo, se analizó la declaración de las partes, para extraer que el demandado reconoció que la actora prestó el servicio desde enero del año 1995 hasta el año 2012, fecha en que hubo una interrupción, y respecto a esta, indicó que el testigo Víctor Fabian Mosquera, declaró que esta ocurrió a mediados del mes de abril de 2016, que su prestación era a lo mínimo 2 veces por semana, y con posterioridad al año 2017, habían sido 3 días a la semana, declaración que fue concordante respecto del testimonio de Nubia Osuna; por ello, concluyó que se debían tener en cuenta dos extremos temporales: el primero, desde enero de 1995 hasta abril del año 2016, y el segundo, desde enero de 2017 hasta junio de 2019, que fue el momento en que se aceptó la terminación del vínculo por el demandado, Fernando Mosquera.

Adicionalmente, sostuvo en cuanto a la función que, solo se acreditó en el proceso por confesión del demandado que fue el lavado de ropas, puesto que las demás funciones señaladas por la demandante no fueron acreditadas, máxime cuando la testigo, Luz Patricia Torres Novoa, manifestó no tener conocimiento directo sobre estas circunstancias.

Expresó, que al no existir reclamación respecto de las prestaciones sociales y vacaciones durante los extremos temporales del año 1995 hasta abril de 2016, operó el término trienal de prescripción extintiva respecto de esos emolumentos, salvo los aportes al sistema general de pensiones por tener naturaleza imprescriptible.

En cuanto a los aportes a pensión, advirtió que tratándose de las empleadas de servicio doméstico esa temática fue regulada por

tres estatutos: el primero, la Ley 11 de 1988, en donde se señala los trabajadores domésticos que laboran por días con distintos patrones, aplicándose que efectivamente esa previsión se daba con fundamento en el salario pagado en dinero al trabajador de servicio doméstico que en ningún caso, podría ser inferior al 50% del SMMLV, aportes que deben ser pagados de esa manera por el demandado entre enero del año 1995 hasta enero de 2003; el segundo, el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, a partir de enero de 2003 hasta noviembre de 2013, la cotización debe ser pagada sobre la base de un SMMLV, y finalmente, el tercero, el artículo 6.º Decreto 2616 de 2013, a partir de diciembre de 2013 hasta abril de 2016, sobre dos cotizaciones mínimas semanales a razón del SMMLV, dividido en semanas.

Frente al segundo extremo temporal, esto es, enero de 2017 a junio de 2019, no operó el fenómeno de prescripción por lo que era procedente condenar por concepto de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensiones en razón de 25.000 diarios, y sobre la base de 2 cotizaciones mínimas semanales. Asimismo, expresó que la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo se pagaría a partir del 7 de junio de 2019, y hasta el 24 de septiembre de 2019, debido a 25.000 pesos diarios, teniéndose en cuenta que se hizo una consignación de \$700.000 pesos, la cual se hizo el 24 de septiembre de 2019, y debido a ello, limitó la condena.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación, donde presentó reparo sobre los extremos temporales, porque según su dicho se logró demostrar la prestación del servicio desde el año 1994 ininterrumpida hasta el año 2019, y que contrario a lo manifestado por el juez, debió otorgarse credibilidad al testimonio

de Luz Patricia Torres, puesto que fue clara al determinar que la demandante laboró desde el año 1994.

Reprochó la falta de pronunciamiento del juzgado respecto de la sanción moratoria por no consignación de cesantías, el auxilio de transporte y la indemnización por despido sin justa causa. Asimismo, manifestó su desacuerdo en cuanto a la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones por cuanto que no debió liquidarse por los días laborados, sino por todo el tiempo que se mantuvo vigente la relación laboral. También, solicita que se aplique la figura de la pensión sanción y no cálculo actuarial.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente.

En este orden, la sala tendrá tres problemas jurídicos a verificar así: el primero, establecer los extremos temporales de la relación laboral; el segundo, se contrae a determinar la procedencia o no de la sanción moratoria por no consignación de cesantías, el auxilio de transporte y la indemnización por despido sin justa causa. Finalmente, el tercero, se contrae a verificar la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y la procedencia o no de la pensión sanción.

En lo que respecta al primer problema jurídico, el apoderado judicial de la parte demandante se duele que no se le haya dado credibilidad a la señora Luz Patricia Torres en su testimonio, puesto que de ella se desprendía la relación laboral ininterrumpida desde el año 1994 hasta 2019; sin embargo, advierte la sala, que de dicho testimonio no se desprende con claridad la continuidad en la prestación del servicio de la demandante que pretende el apoderado judicial, puesto que en la declaración, inicialmente se refiere a que la actora ingresó a laborar desde el año 1994, sin explicar las razones de modo tiempo y lugar del porque le consta dicha fecha; pues, su contestación se justificó en manifestar que tanto la demandante como la testigo laboraban en lugares diferentes; respuesta esta, que no es suficiente para determinar el extremo temporal inicial, toda vez que se justifica una fecha con un lugar, siendo circunstancias totalmente diferentes.

Corolario a lo anterior, el testimonio referenciado no tiene los suficientes elementos para desvirtuar la interrupción que encontró probada el juez de primera instancia de ocho meses, por cuanto, la testigo laboraba en un lugar diferente, y según su dicho, solo iba algunas veces al lugar de trabajo de la demandante sin especificar fechas; y es precisamente, por esta manifestación, que esta sala no puede otorgar credibilidad, cuando manifiesta que la actora laboraba todos los días de domingo a domingo, siendo que solo iba algunas veces a su lugar de trabajo.

Aunado a ello, la mayoría de sus dichos respecto al pago, así como la desvinculación, no provienen por percepción directa de los hechos, sino porque la demandante le comentaba. Así las cosas, y de acuerdo con el reparo endilgado por la parte actora, no es posible considerar una continuidad en la prestación del servicio por la

demandante desde 1994 hasta 2019, a partir de ese testimonio, razón por la cual no habrá lugar a revocar la condena respecto a este punto.

Ahora bien, en lo que respecta al segundo problema jurídico, considera esta corporación judicial que le asiste razón al apoderado judicial de la parte demandante, por cuanto el operador judicial omitió pronunciarse al respecto; en consecuencia, se procede a verificar la viabilidad de las mismas.

En lo que respecta a la indemnización por no consignación de cesantías prevista en el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se advierte que la procedencia de la misma, no es de forma automática, sino que debe existir un injustificado atropello de los derechos laborales del empleado por parte del patrono, puesto que si éste aporta razones atendibles que justifiquen la trasgresión, podría exonerarse de dicha condena.

Se observa, que en el expediente no existe evidencia por parte del empleador que acredite la consignación de las cesantías a que tiene derecho la actora durante los años 2016, 2017 y 2018, a un fondo administrador de cesantías, y mucho menos, aportó justificaciones atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria, por lo que para esta sala, es procedente arribar condena por este concepto, y para todos los efectos se tendrá en cuenta un día de SMMLV para cada anualidad, puesto que la parte demandada reconoció que el salario diario de la demandante era en proporción al SMMLV y hasta el 7 de junio de 2019, extremo temporal indicado en la sentencia de primera instancia, así:

Año	Temporalidad	SDMMLV	Valor
2016	15/02/2017 - 14/02/2018	22.982	\$8.273.460
2017	15/02/2018 - 14/02/2019	24.591	\$8.852.604
2018	15/02/2019 - 7/06/2019	26.041	\$2.916.592
Total			\$20.042.656

Ahora bien, en lo que respecta al auxilio de transporte, considera la sala que al existir una segunda relación laboral desde enero de 2016 hasta el 7 de junio de 2019, y al no estar acreditado por la demandada en el expediente el pago de este concepto, habrá lugar al reconocimiento del mismo, pero teniendo en cuenta el fenómeno extintivo de prescripción, puesto que la demanda fue presentada el 24 de julio de 2019 (fl. 25), y no existe constancia de reclamación de este concepto antes del 24 de julio de 2016, será a partir de esta fecha en que se reconocerá este concepto, la cual deberá ser indexada al momento de su pago, así:

Año	Temporalidad	Auxilio T.	Valor
2016	Julio - Diciembre	77.700	\$466.200
2017	Enero - Diciembre	83.140	\$997.680
2018	Enero - Diciembre	88.211	\$1.058.532
2019	Enero - Junio	97.032	\$582.192
Total			\$3.104.604

En lo que respecta a la indemnización por despido sin justa causa, encuentra la sala, que la parte demandante no acreditó en juicio que el empleador demandado haya terminado unilateralmente el vínculo laboral, carga a la cual estaba obligada según lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, para que así, se invirtiera la carga de la prueba al demandado, a fin de que demostrase la justeza de la desvinculación, puesto que lo más cercano en el presente proceso a la terminación unilateral de la relación laboral por parte del empleador fue el testimonio de la señora Luz Patricia Torres, testigo esta, que a pesar de señalar que la desvinculación obedeció a que el señor Fernando Mosquera le quería hacer firmar un papel, y por ese motivo la desvinculó, fueron dichos que no corresponden a una percepción directa de los hechos, sino a manifestaciones que según la declarante la actora le hacía; circunstancias estas que hacen imposible arribar condena por este concepto.

Finalmente, procede esta corporación analizar el tercer problema jurídico planteado, que a su vez se subdivide en dos: el primero, concerniente a la liquidación de prestaciones sociales, y el segundo, en lo relativo a la pensión sanción.

Advierte la sala, que el a quo al realizar la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, entre el abril de 2016 hasta el 7 de junio de 2019, tuvo en cuenta 3 días por cada semana durante los extremos temporales referenciado; sin embargo, el apoderado judicial de la parte demandante, tiene censuras al respecto, por cuanto debió tenerse en cuenta todo el tiempo que permaneció vigente el vínculo laboral; pero, para esta agencia judicial, no es procedente su reparo, toda vez que la demandante no acreditó laborar toda la semana o todo el mes, pues solo documentó que trabajaba 3 días a la semana, por lo que al tenerse en cuenta que las prestaciones sociales y vacaciones se liquidan por el tiempo en que se presta el servicio, no encuentra esta sala, error alguno en el cálculo efectuado por el juzgador de primera instancia, por lo que no habrá lugar a modificar este punto.

Por último, en lo que atañe a la pensión sanción, se considera necesario traer a colación el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 133. PENSION SANCION. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así:

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde

la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. (...)"

Teniendo en cuenta la normativa citada, encuentra la sala que no es posible el reconocimiento de una pensión sanción a favor de la actora, por cuanto era necesario acreditar que la desvinculación obedeció a un despido sin justa causa, circunstancia esta que no se evidencia en el presente asunto, puesto que como se dijo en líneas anteriores, la demandante no cumplió con su carga probatoria de demostrar que la desvinculación obedeció a una terminación unilateral por parte del patrono, y así, invertir la carga probatoria de justeza sobre el demandado, por lo que al no estar claro este punto, no es posible concluir la terminación injusta y mucho menos estructurar los requisitos referidos en el artículo traído a colación, razones estas que hacen imposible revocar la condena impuesta por el a quo.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 1.º de marzo de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **CONDENAR** al señor demandado FERNANDO MOSQUERA, a pagar a favor de la

señora demandante, NANCY STELLA TORRES NOVOA, las siguientes acreencias:

6- \$20.042.656.00 por concepto de indemnización contenida en el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías de los años 2016, 2017 y 2018, conforme a las consideraciones expuestas.

7- \$3.104.604.00 por concepto de auxilio de transporte, desde julio de 2016 hasta junio de 2019, sumas estas que deberá ser indexada al momento de su pago, conforme a las consideraciones expuestas.

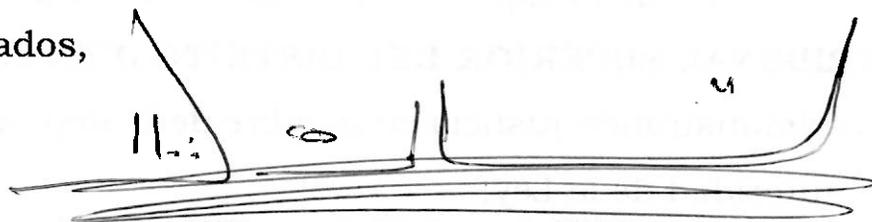
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia apelada, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARTHA IRENE MONTERO MONTERO** contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-U.G.P.P.**

EXP. 11001 31 05 012 2019 00815 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto N° 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 11 de marzo de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se condenara a la U.G.P.P. al pago de una pensión legal proporcional a partir del 14 de enero de 2017, fecha en que cumplió los 60 años de edad, con base en el último salario promedio mensual devengado actualizado conforme a la variación del IPC certificado por el DANE; en consecuencia, que se condenara al pago de las mesadas pensionales causadas junto con los aumentos legales, la indexación, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que se vinculó para la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante contrato de trabajo escrito de duración indefinida desde el 17 de diciembre de 1973 hasta el 02 de octubre de 1991; que la demandante y la Caja Agraria de mutuo acuerdo terminaron el contrato de trabajo mediante audiencia especial de conciliación el 2 de octubre de 1991, ante el Juzgado Laboral del Circuito de Pasto; que su último cargo desempeñado fue archivera mensajera grado 01; asimismo, expresó que el último promedio mensual del salario devengado fue la suma de \$159.245; que laboró durante 17 años, 9 meses y 15 días; señaló, que nació el 14 de enero de 1957 y cumplió los 60 años, el 14 de enero de 2017. Por último, refirió que presentó reclamación administrativa el 21 de agosto de 2019 ante la U.G.P.P.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 17 de enero de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 31).

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P., se opuso a todas y cada una de

las pretensiones del actor. Asimismo, manifestó que todos los hechos de la demanda no le constaban, y que se atenía a lo probado en el proceso. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, compartibilidad, prescripción, prescripción, buena fe, innominada o genérica (fl.37).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 11 de marzo de 2021, condenó a U.G.P.P. a reconocer y pagar a la demandante la pensión de jubilación proporcional, a partir del 14 de enero de 2017, en cuantía de \$1.293.149,09; condenar a la U.G.P.P. a reconocer y pagar a la demandante, únicamente el pago del mayor valor entre la mesada reconocida en la sentencia y la que reconoció COLPENSIONES según Resolución n.º GNR-128241 del 15 de abril del año 2014, junto con los incrementos legales y las mesadas adicionales de junio y diciembre, indexando las sumas adeudadas por concepto de retroactivo al momento de su pago, desde el 14 de enero de 2017, y hasta su efectiva inclusión en nómina; declaró no probadas las excepciones propuesta por la demandada y la condenó en costas.

Fundamentó la decisión, manifestando básicamente que de conformidad con lo señalado en la sentencia SL5182-2016, se extrae que a la demandante le asiste derecho proporcional a la pensión de jubilación, por cuanto laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, un tiempo de servicio de 17 años, 9 meses y 21 días, desde el 17 de diciembre de 1973 hasta el 2 de octubre de 1991, para lo cual encontró probado que la terminación del contrato se dio por mutuo acuerdo, y que nació el 14 de enero de 1957, por lo que cumplió 60 años el 14 de enero de 2017, condiciones de las cuales se desprende que la accionante cumplió con los requisitos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, siendo procedente el disfrute con el cumplimiento de los 60 años, esto es, 14 de enero de 2017.

Asimismo, advirtió que como quiera que COLPENSIONES había efectuado el reconocimiento de la prestación de jubilación, solo se reconocería el mayor valor teniendo en cuenta, el salario \$159.245 pesos, aplicándosele la proporcionalidad de la prestación reconocida correspondiendo una tasa de reemplazo del 76.81%, lo cual ascendería a una mesada pensional inicial de 106.394,20 pesos y haciendo el cálculo actualizado se obtiene un valor de \$1.293.149,09 pesos.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que teniendo en cuenta la reclamación administrativa, la presentación de la demanda y la notificación del auto admisorio de la demanda, no transcurrió el término trienal que establece el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que la totalidad del mayor valor de las mesadas retroactivas se encuentran vigentes a partir del 14 de enero de 2017. Así mismo, condenó en costas a la demandada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte **DEMANDADA**, interpuso recurso de apelación, manifestando que no es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación proporcional, por cuanto, la demandante no cumplió con los requisitos, en vista de que el artículo 8.º de la Ley 171 de 1961, que tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994, fecha en que entró a regir el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, la demandante al 1.º de abril de 1994, no había cumplido con las condiciones de 55 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 25 de mayo de 1949, por lo que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 37 años, 2 meses y 18 días, así como también, cuenta con 6.406 días laborados, correspondientes a 915 semanas, y que adicionalmente, no se demostró el despido sin justa causa, considerando que dentro de la

tarjeta laboral se encuentra la anotación de terminación del contrato con justa causa, registrada en el memorial n.º 023 del 05 de febrero de 1992.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá un problema jurídico a verificar, esto es, si a la parte actora le asiste derecho o no a la pensión de jubilación establecida en el artículo 8.º de la Ley 171 de 1961.

En lo que respecta al problema jurídico planteado, la demandada, indica la actora, no tiene derecho a pensión restringida de jubilación por cuanto para el 1.º de abril de 1994, solo tenía 37 años de edad, y dentro del proceso no se demostró la configuración de un despido sin justa causa. En efecto, se considera necesario traer a colación lo señalado por la H. CSJ en su sala de Casación Laboral a través de la providencia SL979-2021, en donde expresó lo siguiente:

Pues bien, sobre este asunto, la Corte, de manera reiterada, constante y uniforme, ha sostenido que las pensiones restringidas de jubilación, en sus categorías de pensión sanción y por retiro voluntario, son prestaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador. Así lo sentó esta Corporación en sentencia CSJ SL 6 sep. 2011, rad. 45545, reiterada recientemente en la CSJ SL, 16386-2014:

Planteadas así las cosas, le asiste la razón al recurrente y no al Tribunal, habida consideración que las pensiones especiales de jubilación reguladas por el citado artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causan desde el mismo momento en que el trabajador es despedido

injustamente con más de 10 o 15 años de servicio que corresponde a la <pensión sanción>, o cuando se produce el retiro voluntario después de 15 años de servicios que atañe a la llamada <pensión por retiro voluntario>, sin que interese cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, pues dichas pensiones son independientes a las que deba reconocer el ISS y corren a cargo exclusivo del empleador. Además, que, para el asunto a juzgar, cuando se desvinculó la demandante en el año 1980 y se causó la pensión por retiro voluntario, continuaba en pleno vigor la mencionada pensión especial o proporcional de jubilación en cualquiera de sus dos modalidades.

De este modo, al abrigo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, los trabajadores que fueran despedidos sin justa causa con más de 10 o 15 años de servicios, así como aquellos que se retiraran voluntariamente después de 15 años de servicios, continuos o discontinuos, tendrían derecho a recibir de sus empleadores una pensión especial, exigible a partir del momento en que cumplieran la edad señalada en dicha normativa (Negrillas en la cita)”.

Teniendo en cuenta el anterior criterio jurisprudencial, se observa que no le asiste razón a la apoderada judicial de la parte demandada, por cuanto al haber acreditado la parte demandante la prestación de más de 15 años de servicios, no era necesario exigir que la terminación fuese producto de un despido sin justa causa, habida cuenta que es viable la pensión restringida por terminación de mutuo acuerdo la cual se equipara a retiro voluntario, sin que sea necesario acreditar al 1.º de abril de 1994, la edad requerida. Por lo que no habrá lugar a revocar la sentencia. Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

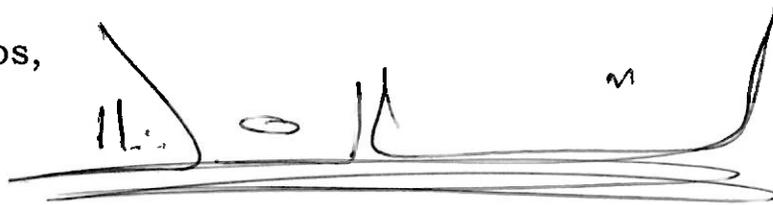
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 11 de marzo de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', with a small 'm' written above the end of the signature.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. M. H. P.', written in a cursive style.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. C. Á.', 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 **CARMEN YOLANDA MEJÍA DUARTE** en contra de **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. Y COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 015 2020 00280 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 3 de junio de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 9 reverso (cuaderno del Tribunal).

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS**, a la abogada **LEIDY JOHANA PUENTES TRIGUEROS**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 25 reverso (cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarase la nulidad de los traslados efectuados a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., hoy Skandia S.A, en el mes de enero de 1999, y a PROTECCIÓN S.A. en el mes de enero del año 2002, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa y al incumplimiento del deber de información; en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas, y se ordene a COLPENSIONES a recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado (Documento 01, páginas 1-4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 2 de noviembre de 1966, y cuenta en la actualidad con 53 años; realizó aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida entre septiembre de 1990 y septiembre de 1996, con un total de 327 semanas cotizadas. Hacia el mes de enero del año 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,

administrado por Old Mutual S.A, hoy Skandia S.A, debido a la información incompleta y engañosa presentada por el asesor de dicho fondo.

En el mes de diciembre del año 2001, la demandante se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., fondo en el que se encuentra afiliada hoy en día, debido a la información incompleta y engañosa suministrada por el asesor que tramitó dicho traslado.

Agregó, que las A.F.P. mencionadas no le informaron acerca de las implicaciones que tenía el cambio de régimen pensional, ni la naturaleza del régimen privado de pensiones, tampoco acerca de cuál era el capital requerido para causar una pensión siquiera por el salario mínimo y que no se le realizó una proyección pensional.

Además, manifestó que le fue informado que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, recibiría la pensión de manera anticipada y con una cuantía superior, siendo que al realizar la proyección pensional por su cuenta resultaba en un monto menor, mientras que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se aumentarían los requisitos para acceder a la pensión y acarrearía más riesgos que el régimen privado de pensiones, y en general, no cumplieron con su deber de brindar información (Documento 01, páginas 4-11).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 03 de diciembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Documento n,º6-pág. 1 y 2).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de

prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe (Documento 13).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P. Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (Documento 17).

SKANDIA S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen ni el traslado de fondo, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al R.A.I.S., ausencia y falta de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción y buena fe (Documento 19).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (Documento 22 página 2).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia

del 3 de junio de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 29 de enero de 1999, ante Skandia S.A. y ante PROTECCIÓN S.A. el 29 de noviembre de 2001; en consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar los recursos y las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S. y se abstuvo de imponer costas a las partes (Archivo audiovisual 37).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación de manera parcial contra la decisión proferida, únicamente en lo concerniente al numeral segundo de esta, pretendiendo que se revoque dicho numeral, y en su lugar, se condene a las demandadas en costas, esto, al argumentar que a la luz del artículo 365 del Código General del Proceso, se debe condenar en costas a la parte vencida en un proceso en el que exista una controversia (Archivo 37).

V.ACLARACIÓN PREVIA

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

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 2 de noviembre de 1966 (Documento 02 página 25); **ii)** cotizó al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida entre el 18 de septiembre de 1990 hasta el 29 de enero de 1999, 327 semanas (Documento 2 página 26); **iii)** que el 29 de enero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Old Mutual S.A., hoy Skandia S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de abril de 1999 (Documento 17 páginas 33 y Documento 19 página 42), y que el 29 de noviembre de 2001 se transfirió a la A.F.P. Protección S.A., con fecha de efectividad desde el 1.º de enero de 2002, (Documento 17 páginas 32 y 33) a la que actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1283.43 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en el Documento 2, página 31; en el Documento 3, páginas 1 a 11, y Documento 17, páginas 54 a 65.

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

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

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.º *ibídem*, dispone que: *«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».*

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

Descendiendo al caso que nos ocupa, encuentra la Sala, que si bien las costas en primera instancia no se impusieron, razón por la cual habría lugar a imponer la suma de \$400.000.00, en contra de las demandadas SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A., atendiendo el marco normativo citado, y en consideración a que en este proceso la

parte demandada fue vencida en juicio, las costas correrán a cargo de este extremo procesal.

Acorde con lo indicado, es claro que hay lugar a confirmar la providencia recurrida, y por lo tanto, las costas en esta instancia serán liquidadas en cuantía de \$800.000⁰⁰, en virtud de lo anteriormente expuesto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de

la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 29 de enero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Old Mutual S.A., hoy SKANDIA S.A., y el 29 de noviembre de 2001, se transfirió a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. a la que actualmente se encuentra vinculada, conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles en el Documento 17 página 32, y en el Documento 19 página 42, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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

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

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la

Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 29 de enero de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Documento 19, página 42), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades

³ CSJ SL1688-2019.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 3 de junio de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

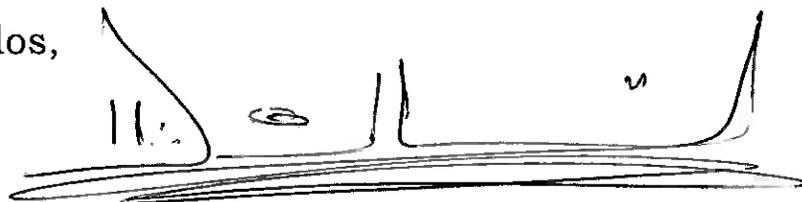
SEGUNDO: COSTAS. Costas en ambas instancias, en favor de la parte demandante a prorrata, y en contra de las demandadas **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, de la siguiente manera: en primera instancia, la suma de \$400.000.00; y en segunda instancia, la suma de \$800.000.00. liquídense de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?sortField=LinkFilename&isAscending=true&id=%2Fpersonal%2Fdes15sltsbta%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FANAQUEL%2FREPARTO%20VIRTUAL%2F015%202020%2000280%2001](https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?sortField=LinkFilename&isAscending=true&id=%2Fpersonal%2Fdes15sltsbta%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FANAQUEL%2FREPARTO%20VIRTUAL%2F015%202020%2000280%2001)



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **OMAR WILLIAM LOAIZA SUAREZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 020 2019 00620 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 22 de abril de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al abogado **SIMÓN ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 74 (cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarase la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado en el mes de abril de 1999, desde el extinto I.S.S. a PORVENIR S.A.; como consecuencia de esto, solicitó que se ordenase a la mencionada A.F.P. a trasladar todos los aportes realizados a COLPENSIONES, y a su vez, pidió que se condenara a esta última a tramitar la liquidación de las mesadas pensionales del demandante desde la fecha en la que adquirió el derecho a pensionarse. También, reclamó el pago de todas aquellas indemnizaciones, multas y sanciones que resultasen probadas en el proceso a cargo de las demandadas (Documento n.º 1 pág. 19 y 20).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 31 de diciembre del año 1953, y se vinculó al extinto I.S.S. el 1.º de mayo de 1975, cambiando de régimen en abril de 1999, debido a la información proveída por un asesor de PORVENIR S.A.

Manifestó, que el traslado de régimen se dio debido a la información suministrada por el asesor de PORVENIR S.A., quien le informó que debido a la liquidación del I.S.S., sus aportes perderían toda validez y la única forma de mantenerlos era con el traslado de régimen. También, le fue informado que los requisitos para obtener una pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad le eran más convenientes que en Régimen de Prima media, y, por

último, alegó que no se le brindó una doble asesoría, la cual era requisito para el cambio de régimen pensional (Documento 1, páginas 4, 5 y 6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 16 de septiembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Documento 1, pág. 45 y 46).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones las de descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Documento 1, pág. 59-97).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio, y como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Documento 1, pág. 98-168).

Mediante auto de fecha 7 de octubre del 2020, se declaró probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorte necesario propuesta por PORVENIR S.A., en consecuencia, se procedió a notificar a PROTECCIÓN S.A. e integrarle al proceso (Documento 1, pág. 199).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe,

aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir (Documento 1, pág. 203 - 258).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 22 de abril de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por el demandante el 7 de octubre de 1996, ante COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., y su posterior traslado horizontal a PORVENIR S.A. realizado el día 15 de marzo de 1999; en consecuencia, declaró a COLPENSIONES como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar la totalidad de los aportes girados por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales, si los hubiere, al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, en favor del demandante(Documento 1, páginas 261 - 264).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

La demandada Colpensiones apeló así:

COLPENSIONES, apeló con los argumentos de que el demandante había incurrido en la prohibición establecida por el artículo 2.º de la Ley 797 de 1993, puesto que contaba con 65 años de edad en el momento en el que solicitó el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Alegó, que en el curso del proceso no se acreditó que existiera un vicio en el consentimiento al momento de la afiliación y que el demandante no ejerció ninguna acción para retornar al régimen administrado por COLPENSIONES por más de 22 años, esto sumado a que la falta de información por parte de la A.F.P. no exoneraba al demandante de su deber de concurrir suficientemente ilustrado a la hora de realizar el traslado, ni lo sustraía de la aplicación de la ley a la hora de celebrar actos y contratos, pues era mayor de edad y plenamente capaz de suscribir la vinculación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Argumentó, que la sentencia de primera instancia es contraria a la equidad, esto debido a que permitió que una persona que no ha contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entre a pensionarse y subsidiarse a costa de riesgos asumidos por otros.

Solicitó, que en caso de confirmarse la sentencia, se condicione el cumplimiento de la misma, por parte de Colpensiones, hasta que la A.F.P. condenada realice el reintegro de los montos y actualice los datos del demandante, y que esta misma A.F.P. no efectúese descuentos por concepto de seguro de invalidez o vejez.

Por último, pretendió que no se le condenase en costas, toda vez que no participó en el acto ineficaz o nulo, sino que es un tercero al

que se le causa un daño injustificado por un contrato celebrado entre dos partes ajenas.

V.ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI.CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 31 de diciembre de 1953 (Documento 1.º, página 24); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de marzo de 1975 hasta el 7 de octubre de 1996, teniendo 226.14 semanas (Documento 1.º, pág. 32-37 y Carpeta 5, documento 9); **iii)** que el 7 de octubre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de diciembre de 1996 (Documento 1.º, pág. 229 y 236), y que el 1.º de mayo de 1999, se trasladó a Porvenir S.A., AFP a la cual se encuentra afiliado hoy en día, con un total de 1 108 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa en el Documento 1.º, pág. 32 a 37, 120 a 156 y 157 a 161.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de

la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 7 de octubre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. (Documento 1, páginas 229 y 236 y 237), y, luego de un traslado, se encuentra actualmente afiliado a Porvenir S.A., conforme al certificado allegado al proceso, visible a folios 236 y 237, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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

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

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la

Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 7 de octubre de 1996, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Documento 1, página 229).

Así como también, la afiliación a PORVENIR S.A., por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas

³ CSJ SL1688-2019.

todos los frutos e intereses, gastos de administración y sumas adicionales si las hubiere que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 22 de abril de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como frutos e intereses, gastos de administración y sumas adicionales si las hubiere, acorde con lo considerado.

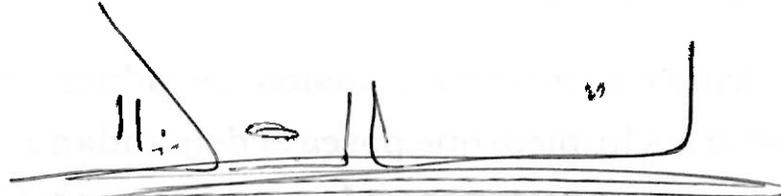
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA

MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
[020 2019 00620 01 - OneDrive \(sharepoint.com\)](https://onedrive.live.com/?id=02020190062001)



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GLORIA ASTRID PINEDA GALINDO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 020 2020 00131 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre 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 DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 12 de marzo de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

AUTO:

Sería esta la oportunidad, para reconocerle personería jurídica al Dr. **JAIR FERNANDO ATUESTA REY**, como apoderado judicial de la entidad demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**; si no fuera porque de conformidad al memorial-poder que obra a folio 66 del expediente del Tribunal, se observa que el mismo, fue otorgado a la Dra. **SHARON CATALINA CASAS BUCAR**. Por lo anterior, no se le reconoce personería jurídica al Dr. **ATUESTA REY**, toda vez que no tiene poder para actuar dentro del presente proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado a COLFONDOS S.A., por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; se condene a COLFONDOS a trasladar a Colpensiones, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas; y en consecuencia, condenar a Colpensiones a recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado.

Como pretensión subsidiaria, la demandante, solicitó que COLFONDOS S.A. pague una mesada equivalente a la que hubiese tenido en COLPENSIONES (Documento 1, páginas 4-6).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 29 de octubre de 1963; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 10 de diciembre de 1982 hasta el 1.º de febrero de 1995, momento en el que se trasladó a COLFONDOS, debido a la insistencia

de sus empleadores y a la promesa de una mesada pensional más alta. Dicho traslado, se hizo efectivo a partir del 1.º de marzo de 1995.

Agregó, que previo al traslado, COLFONDOS no le informó ni explicó de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta la existencia de dos regímenes pensionales ni de las consecuencias que tendría el traslado sobre su derecho pensional. Así mismo, COLFONDOS, no realizó ningún tipo de estudio previo, no informó acerca de la destinación que se le daría a los aportes realizados, no explicó la forma en la que se liquidaría su pensión, no informó acerca de la posibilidad de trasladarse nuevamente al Régimen de Prima Media, y en general, incumplió con su deber de información, debido a lo cual, la demandante considera que se le generó un perjuicio, al ser menor el monto de su pensión en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de lo que sería en el régimen de Prima Media con Prestación Definida. (Documento 1, páginas 7-12)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 29 de septiembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Documento 1, páginas 112-114).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Documento 1, páginas 129-193).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago. (Documento 1, páginas 197-316).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Documento 1, páginas 194-196, 317 y 318).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de marzo de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 1.º de febrero de 1995, ante COLFONDOS S.A.; declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES; ordenó a COLFONDOS S.A. a devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; y por último, condenó en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. (Documento 1, páginas 428-432 y Archivo audiovisual 2).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló aduciendo que dentro del proceso no se acreditó ningún vicio del consentimiento a la luz del artículo 1740 del Código Civil, pues lo que se presentó fue un error en un punto de

derecho, el cual no tenía fuerza legal para repercutir en el acuerdo de voluntades realizado entre la demandante y COLFONDOS S.A. al no tratarse de un error dirimente o un error de nulidad.

Alegó, que la carga de la prueba en materia de nulidad corresponde a la parte que las alega, fundamentándose en el artículo 167 del Código general del proceso, el artículo 1516 del Código Civil y la sentencia con ponencia del magistrado Carlos Andrés Vargas Castro del pasado 10 de octubre de 2017.

Finalmente, argumentó que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de la manera obligatoria por los otros afiliados en el sistema, y con relación a esto mencionó las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, de la Corte Constitucional, en materia de traslado. (Archivo audiovisual 2).

V.ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 29 de octubre de 1963 (Documento 1, pág. 42); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 10 de diciembre de 1982 hasta el 1.º de febrero de 1995, 607.14 semanas (Documento 1, páginas 43-48); **iii)** que el 1.º de febrero de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de marzo de 1995 (Documento 1, páginas 52, 58 y 225-228), y que actualmente, se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A., con un total de 1848 semanas cotizadas (páginas 90-108 documento 1).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el

derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 01 de febrero de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles en las páginas 52, 58, 227 y 228 del Documento 1, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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

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

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de

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

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

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

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

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

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 1.º de febrero de 1995, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS

³ CSJ SL1688-2019.

S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Documento 1, páginas 227 y 228), por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los frutos e intereses, y gastos de administración, y sumas adicionales si las hubiere, y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

En relación a la solicitud de medidas cautelares radicada ante el correo del despacho el día 13 de enero del 2021 (pág. 433-477), la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento alguno, en virtud de preservar el derecho a la doble instancia de las partes, por tanto, quien deberá pronunciarse al respecto será el Juez de origen en su momento procesal oportuno.

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

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

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.º *ibídem*, dispone que: *«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en*

cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».

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

Descendiendo al caso que nos ocupa, encuentra la Sala que, atendiendo el marco normativo citado, y en consideración a que en este proceso la parte demandada fue vencida en juicio, las costas deben correr a cargo de este extremo procesal.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 12 de marzo de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como frutos e intereses, y gastos de administración y sumas adicionales si las hubiere y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual, acorde con lo considerado.

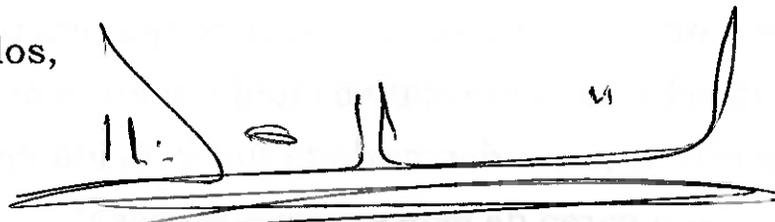
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: [020 2020 00131 01 - OneDrive \(sharepoint.com\)](https://onedrive.live.com/?id=02020200013101)



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FERNANDO ULPIANO MONTAÑA GIL** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y OTROS.**

EXP. 11001 31 05 021 2019 00805 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre 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 las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 15 de junio de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a COLPENSIONES, el 14 de febrero de 1992 y a PORVENIR S.A. el 20 de marzo de 1998, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.º 2).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 28 de octubre de 1960; realizó aportes en I.S.S. hoy COLPENSIONES, entre el 14 de febrero de 1992 y el 20 de marzo de 1998, momento en el que fue visitada por los asesores de PORVENIR S.A., quienes le brindaron información acerca de las cesantías, lo que motivó su traslado de cesantías a dicho fondo, el 20 de marzo de 1998, se trasladó a PORVENIR S.A., el cual se hizo efectivo a partir de 1.º mayo de 1998, tiempo en el que recibió los extractos en donde le mostraban información acerca de la rentabilidad de sus aportes.

Agregó, que desde el 20 de marzo de 1998 hasta el 21 de marzo de 2019, cotizó interrumpidamente a través de diversos fondos de pensiones un total de 1.020 semanas, siendo PORVENIR S.A. la última entidad a la que se le aportó, porque le ofrecieron una mayor rentabilidad, y de ese fondo así como de COLPENSIONES, también recibió extractos en donde se informaba la rentabilidad individual, el movimiento de las cuentas, los informes de inversiones, pero nunca se le hizo una proyección de su mesada pensional a futuro, ni se le asesoró acerca de cómo mejorarla; recibió publicidad engañosa en el que se indicaba que la pensión en

los fondos privados se le podía dejar a quien quisiera, mientras que en el régimen de prima media no, y que la rentabilidad en el fondo es individual, mientras que en el otro régimen es compartida, no obstante, nunca le explicaron esos aspectos a través del tiempo, ni tampoco que podía devolverse faltándole 10 años para cumplir la edad.

El 17 de agosto de 2019, elevó derecho de petición a COLPENSIONES, solicitando su retorno régimen de prima media (f.º 25). Afirmó, que en el 1.º de noviembre de 2019, nuevamente intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada por COLPENSIONES (f.º 28).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 10 de julio de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 42).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica (f.º 96).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito la de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y innominada o genérica (f.º 102-241).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 103).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de junio de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por el demandante el 20 de marzo de 1998, ante COLPENSIONES; en consecuencia, ordenó a dicha A.F.P; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES; condenó a COLPENSIONES quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; declaro no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas (f.º 118-119).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

PORVENIR S.A., sostuvo que no se incurrió en una prohibición legal que impidiera el traslado de régimen a la demandante, por ende, se trató de un acto voluntario y libre, máxime cuando no tenía ningún derecho adquirido, ni era beneficiaria del régimen de transición; no se puede perder de vista que la voluntad de permanencia en el R.A.I.S., se reafirmó con el gran número de semanas que cotizó con posterioridad al traslado, indica también que la demandada no tenía la carga dinámica de la prueba en este caso, ya que ella lo que trato de identificar que el demandante en tal caso, no podía estar en el régimen de ahorro individual por lo cual indica que por la motivación y la resolución de la sentencia está en una contradicción, la cual explica por medio de

aquellos ejercicios financieros que está pidiendo el demandante en la presentación de la demanda.

Posteriormente, se indica que no tendría fuerza las pretensiones dadas por el demandante ya que realiza una comparación de cuales serias las pruebas pertinentes para realizar la eficacia de traslado en donde argumenta que antes de 1998 por medio de Decreto n.º 623 y 720 de 1994, indica que tiene como fin tener la prueba como válida y existencia el contrato de afiliación, prueba que tiene plena certificación sobre procesos de dicho traslado, indica también que para este nuevo periodo la corte suprema de justicia desconoce la normatividad, propiamente para el año 1998, y le quita validez probatoria al formulario afiliación, diciendo que esto no es suficiente para probar la que en este caso se pudiera dar una nulidad de traslado frente a los aportes y semanas que tiene el demandante en cada régimen.

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que no resulta viable declarar la nulidad del traslado al R.A.I.S., con base en que a la demandada no hay una condena directa sobre esta, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se efectuó dicho traslado y que no se acreditó que la información otorgada para tal efecto, hubiera sido equivocada o falaz; en consecuencia, se debe valorar lo manifestado por los testigos y la demandante en su interrogatorio de parte, con lo que se evidencia que las asesorías brindadas por cada fondo, estuvieron acorde con las características propias del R.A.I.S., sin que ello se pueda considerar ventajoso o no. Agregó, que debe ser exonerada de la condena impuesta para efectos de reconocer la pensión de vejez, toda vez que se trata de una petición antes de tiempo, dado que la decisión que declaró la nulidad del traslado no está en firme, por ende, la entidad no cuenta con el capital correspondiente para financiar la prestación.

V.ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el día 28 de octubre 1960(f.º 15); **ii)** cotizó al

extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 14 de febrero de 1992 y el 20 de marzo de 1998, 255.86 semanas (f.º 16-20, 27); **iii)** que el 20 de marzo de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 5 de mayo de 1999 (f.º 21, 96 pág. 60), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a porvenir S.A., con un total de 1277 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º (29 a 34).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador,

la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 20 de marzo de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (f.º 21 y 96), y después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a porvenir S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a folios 21, 96, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se

hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

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

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

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

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

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

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 20 de marzo de 1998, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 21 y 96), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PORVENIR S.A.,

³ CSJ SL1688-2019.

administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 15 de junio de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

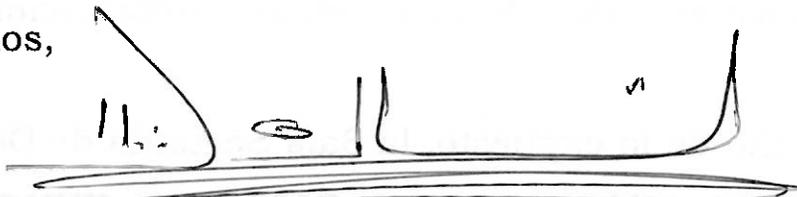
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLARA INES ARIAS GARCIA** contra **UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA.**

EXP. 11001 31 05 022 2017 00602 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre 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 12 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condene a la entidad demandada UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA, al pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión ante PORVENIR S.A., previa realización del cálculo actuarial del mes de enero de 1978 hasta el 30 de noviembre de 1982; así como también, se condene en costas y agencias en derecho, y ultra y extra petita.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar en el año 1978, a la Universidad Cooperativa de Colombia en el cargo de auxiliar de biblioteca, que posteriormente, fue ascendida como secretaria de la decanatura de la facultad de educación, con un horario de trabajo de lunes a viernes de 1:00 pm a 9:00 pm.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 7 de noviembre de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 20).

La demandada UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA, dio contestación, y se opuso a las pretensiones de la demanda. En lo referente a los hechos, no aceptó los extremos de la relación laboral como lo planteó el apoderado de la demandante; Adicionalmente, propuso las excepciones de pago total de las obligaciones, cobro de lo no debido y prescripción (fl.37-42).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 12 de febrero de 2021, ordenó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., realizar el respectivo

calculo actuarial, por concepto de aportes para pensión, para el periodo comprendido entre el 14 de mayo de 1981 al 15 de marzo de 1986; condenó a la demandada al pago del cálculo actuarial, por concepto de los aportes pensionales en el porcentaje que como empleador le corresponde junto con la mora a que haya lugar; ordenó a la demandante, a efectuar el porcentaje de los aportes a pensión que legalmente le corresponde; declaró probada parcialmente la excepción de cobro de lo no debido y condenó en costas a la demandada.

Consideró, que entre las partes existió una relación laboral, pero que el extremo temporal inicial, no fue el indicado por la demandante, esto es, en septiembre de 1977, puesto que el único testigo traído al proceso, solo se limitó a decir que estudiaron economía en dicha universidad y que la vio laborar desde 1978, pero no entregó fechas ciertas, solo dio a conocer encuentros ocasionales en la biblioteca, por lo que no le dio credibilidad, y concluyó, que la vinculación laboral lo fue el 14 de mayo de 1981, de acuerdo con el contrato a término fijo aportado al expediente (fl.43) y que el extremo temporal final tuvo lugar el 15 de marzo de 1986, de acuerdo a la carta de renuncia obrante en el expediente (fl.48), razón por la cual, al no evidenciar el pago de los aportes a pensión, era procedente condena por calculo actuarial por el referido periodo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación, solicitando que se reconozcan los periodos reclamados desde septiembre de 1977 hasta el 15 marzo de 1986, con base en la declaración rendida por el testigo William Fajardo Ortiz.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá un problema jurídico a verificar, el cual consiste en determinar el extremo inicial de la relación laboral celebrada entre las partes, y como consecuencia de ello, establecer si hay lugar o no, a modificar los extremos temporales objeto del cálculo actuarial.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante prestó sus servicios a la demandada, mediante un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, desde el 14 de mayo de 1981, hasta el 11 de abril de 1982; y desde el 12 de abril de 1982 hasta el 14 de marzo de 1986 (f.º 43 a 46); **ii)** que los cargos que desempeñó, fueron el de *“Auxiliar de Biblioteca y Secretaria de la Facultad de Educación”* (f.º 12); **iii)** que presentó renuncia irrevocable al cargo, el día 14 de marzo de 1986 (f.º 48), y **iv)** que le cancelaron su liquidación del contrato de trabajo, el 31 de marzo de 1986 (f.º 62).

Observa la sala, que la parte actora se duele de que no se haya tenido en cuenta una relación laboral desde septiembre de 1977 hasta el 15 marzo de 1986, a partir del testimonio rendido por el señor William Fajardo Ortiz.

Ahora bien, al examinar la mentada declaración, esta corporación judicial no encontró probado el extremo temporal inicial indicado por la apelante, puesto que el testigo expresó vagamente que empezó a ver a la demandante a partir del primer semestre del año 1978, no manifestando fechas ciertas, que sus encuentros eran ocasionales en la biblioteca de dicha Universidad, toda vez que eran estudiantes de la misma.

Por lo anteriormente dicho, advierte esta Sala de decisión, que no se logra acreditar el extremo inicial indicado por la demandante, toda vez que el testimonio rendido, no ofrece la certeza de que la demandante prestó los servicios a la demandada como auxiliar de biblioteca desde el primer semestre de 1978 hasta 1982, de que no detalló las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitieran colegir a esta Corporación que si hubo una prestación personal ejecutada por la demandante a favor de la enjuiciada, por lo que no se configura la existencia de una relación laboral.

Ahora bien, lo que se observa por parte de esta Sala de decisión, es que la juzgadora de primera instancia, hizo uso de la facultad ultra petita en su fallo, toda vez que le concedió a la demandante, unos extremos temporales, totalmente diferentes a los fueron solicitados en la demanda, pero que no fueron objeto de controversia en el presente recurso.

En conclusión, no le asiste el derecho a la parte actora de que sea revocado el fallo impugnado, por los motivos aquí expuestos, por lo que habrá de **confirmarse** la sentencia de primera instancia en su totalidad. Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

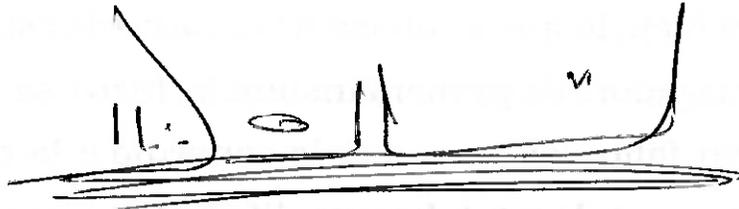
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

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 **EDUARDO ENRIQUE BUSTAMANTE BOLAÑO** contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 023 2020 00305 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) septiembre 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 las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**

S.A., a la abogada **JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 63 reverso (cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a Porvenir S.A., y solicito el regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, así mismo, solicito que se declarara la ineficacia y nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, por parte del demandante; que se condenara a PORVENIR S.A., a trasladar los aportes del demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. (Archivo n.º1 Pág. 1-2).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 29 de agosto de 1965; realizó aportes entre el 14 de septiembre de 1988, al Seguro Social hoy COLPENSIONES, y en el año de 1996, el demandante se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.; que fue visitado por los asesores de PORVENIR, quienes le brindaron información acerca de las cesantías, y los beneficios de dicho fondo, lo que motivó hacer su traslado al fondo privado, mediante asesoría brindada el 5 de mayo de 2020, el accionante se acercó al fondo de pensiones Porvenir, en donde le explicaron el monto que obtendría en su pensión, y en conclusión iba ser siempre de un salario mínimo con base en los aportes que el hizo.

Por lo tanto, el accionante al ver lo sucedido, y ver las diferencias entre ambos fondos de pensiones, y mediante oficio al fondo de pensiones Porvenir S.A., el 5 mayo del 2020, solicitó la nulidad de

traslado, pero la solicitud le fue negado. Afirmó, que en el año 2020, intentó trasladarse de régimen, ante Colpensiones, pero la solicitud le fue negada (Archivo 001 pág. 2).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 3 de diciembre de 2020, ordenándose la devolución para la respectiva subsanación, (f.º3); la cual fue admitida el 4 de febrero del 2021, y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (f.º5)

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, y buena fe (cd f.º 22, pág. 10-15).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, y buena fe (cd f.º 22, pág. 21-22).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º18).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de mayo de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 22 de agosto de 1996, ante PORVENIR S.A.; en consecuencia, ordenó a dicha A.F.P. trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y

acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; declaró no demostradas las excepciones propuestas y se condenó en costas a la demanda Porvenir S.A (f.º 20-21).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que no resulta viable declarar la nulidad del traslado, siempre y cuando el demandante efectuó manifestaciones como no recuerdo, si lo di, no me acuerdo, cómo podría los fondos de pensiones estar completamente seguros que efectivamente no se le brindó una información, frente a las características del régimen que administra Colpensiones. Afirmó, que si se llevó una asesoría brindada al demandante Eduardo Enrique Bustamante Bolaño, para el año de 1996, cuando propiamente si conocía cuáles son las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, y es con base en ellas, qué decidieron por su traslado al referido régimen, razón por la cual resulta claro no declarar una ineficacia, cuando no se tiene certeza de cuáles fueron las faltas de información, si es que hubo algún tipo de información en el presente caso.

Dijo, que únicamente tuvo un acercamiento sólo hasta el año 2020, durante todo el tiempo que estuvo afiliado no hubo ningún tipo de acercamiento, razón por la cual, es clara la negligencia, y el desconocimiento de sus obligaciones como consumidor financiero. Lo que conllevaría claramente en estos casos, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y por lo tanto no estarían frente a un error de hecho, sino un error de derecho, que no viciaría el consentimiento y su afiliación continuaría siendo completamente válida.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, sostuvo en su escrito de apelación, que no se incurrió en una prohibición legal que impidiera el traslado de régimen al demandante, por ende, se trató de un acto voluntario y libre, máxime cuando no tenía ningún derecho adquirido, ni era beneficiario del régimen de transición; que no se puede perder de vista que la voluntad de permanencia en el R.A.I.S., cuando se reafirmó con el gran número de semanas que cotizó con posterioridad al traslado.

Por lo tanto, el demandante conocía cual era la función de un régimen privado, en el que duro tantos años, y no sería procedente, que se ordene a la administradora Porvenir, en devolver los gastos de administración u otros conceptos que se hayan descontados al demandante.

V.ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de 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 29 de agosto de 1965 (f.º 34); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 14 de septiembre de 1988 hasta el 31 de agosto de 1996, 225,86 semanas (cd f.º 22, pag 4-6); **iii)** que el 1.º de agosto de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE, actualmente llamada PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de octubre de 1996 (cd f.º 22, pág. 25, 35,40-48), y que luego de varias cotizaciones al régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculado a PORVENIR S.A., con un total de 1116.7 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de (cd folio 22, pág. 62 a 66 y la certificación de (cd f.º 22, pag 67).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 22 de agosto de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE,

actualmente PORVENIR S.A. (cd f.º22, pag 26, 35, y 40-48), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a PORVENIR S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a (cd f.º22, pag 26, 35, 66), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones 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

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 22 de agosto de 1996, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (cd f.º 35 y 66), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 24 de mayo de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de

³ CSJ SL1688-2019.

CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

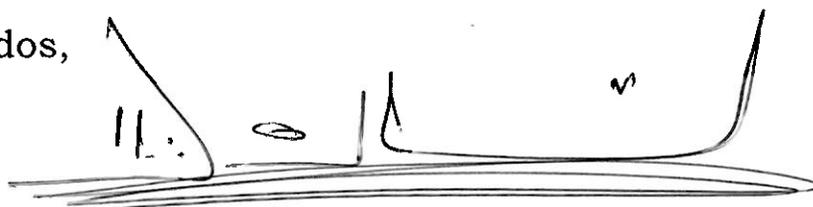
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsi-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eur0zOpBCfdBnw_-H0Z-LUwBZhB2mOq-wDzjk1D5P4BeIQ?e=aUMier



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NANCY HERNÁNDEZ MARTÍNEZ** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR SA, SKANDIA OLD MUTUAL**

EXP. 11001 31 05 023 2020 327 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre 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 las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a la abogada **BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 62 (cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a PORVENIR S.A., el 20 de junio de 2001, por la falta de consentimiento informado, así mismo declarar la ineficacia del traslado horizontal suscrita de la demandante ante la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; al darse una afiliación sin el consentimiento de la parte demandante, por lo tanto si llegase a tener una pensión en el fondo privado tendría un detrimento de \$1.000.000 de pesos, que no se verían reflejados en su mesada pensional, en comparación al fondo público que si tendría una mejor rentabilidad en su mesada pensional. (f.º 1, medio magnético, demanda, pág. 3.º y 4.º)

Dicho lo anterior, manifestó que COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a PORVENIR y a SKANDIA, trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.º 1, medio magnético, demanda pág. 4.º).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 18 de enero de 1964, realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 12 de noviembre de 1993; que el 20 de junio de 2001, momento en el que fue afiliada a PORVENIR por los asesores de dicho fondo, quienes no le brindaron información ni verbal, ni escrita, acerca de

las desventajas y riesgos de trasladarse a un fondo privado; que el 8 de julio de 2015, la demandante tenía 51 años de edad y fue traspasada AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA, y no cumplieron con el deber de información de asesorarla, ni mucho menos de dale la mejor sugerencia cuando estaba afiliada a dicho fondo, sobre las desventajas y riesgos que tendría a futuro al momento de pensionarse, aun así SKANDIA, con las herramientas jurídicas y financieras nunca le realizó una proyección pensional a la demandante.

Agregó, que el 5 de septiembre de 2019, solicitó ante SKANDIA que procedieran a declarar la ineficacia del traslado, pero dicha solicitud fue negada (f.º 1, medio magnético, demanda, pág. 9); arguyó, que se le realizó una proyección pensional de los aportes reunidos a la edad de los 57 años, y las diferencias entre la mesada pensional que le quedaría en SKANDIA por un valor total de \$925.117., y en el fondo público de COLPENSIONES, le quedaría en \$5.107.219., por lo tanto, en el régimen privado se le estaría dando un perjuicio y reparable al derecho de la seguridad social, y un detrimento de su mesada pensional. (f.º 1, medio magnético, demanda, pág. 10)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 4 de noviembre del 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 3).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones en su defensa invocó la prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (f.º 21, medio magnético, respuesta de PORVENIR S.A., pág. 21-22).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad, proporcionalidad y ponderación, buena fe, falta de causa, presunción de legalidad, inexistencia del derecho reclamado, prescripción (f.º 21 medio magnético, contestación Colpensiones, pág. 15-18).

Por su parte, a **SKANDIA**, se le tuvo por no contestada la demanda. (f.º 18). A su vez, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 18).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de mayo de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 20 de junio de 2001, ante PORVENIR S.A.; y por ende, a SKANDIA; en consecuencia, ordenó a dichas A.F.P. trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; declaró no demostradas las excepciones propuestas y condenar en costas a las demandadas. (f.º 19-21).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

PORVENIR S.A., Sostuvo, que la afiliación realizada por la demandante, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual fue libre y voluntaria, tal como se evidenció en el formulario de afiliación suscrito con dicha empresa. Así mismo, el traslado de la demandante cumplió a cabalidad con las obligaciones,

que le correspondían en materia de información, por lo tanto, al momento en que se materializó el traslado de la demandante, al régimen de ahorro individual, le informaron características propias de dicho régimen entre ellas, la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, o según su ahorro, poder conseguir una mesada pensional mayor a la que obtendría en el régimen de prima media.

Manifestó, que si bien la demandante alega que no tuvo la información suficiente para adoptar una decisión consciente, debió resaltarse que su condición de abogada, situación que si resulta relevante en el presente caso, toda vez que conocía la existencia de la Ley de 100 de 1993, la cual regia y regulaba, los regímenes pensionales para el momento del traslado de la demandante. Siendo así, ella, (la demandante), no solo contaba con plena capacidad para realizar el presente acto jurídico, sino el pleno conocimiento de cuáles eran las condiciones y como se estaba adoptando el mismo. Por lo que se pudo concluir, que al ser abogada, la información que se le brindó era una información suficiente del ordenamiento jurídico, por lo tanto, podía fácilmente comprender la misma.

Por otra parte, debe entonces resaltarse que no existió razones fácticas o jurídicas, a que conduzcan a la ineficacia de dar la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, por lo tanto, no hubo engaño a la demandante, por conocer los diferentes canales de información, que se brindaban, así como lo expresó en su dicho.

Arguyó, que la demandante tenía pleno conocimiento de lo que hacía acerca de su futuro pensional; sin embargo, la misma, no realizó ningún tipo de manifestación o descontento en su permanecía del régimen de ahorro individual, si no que por el contrario, efectuó una serie de actos que permitían entonces confirmar su decisión de pertenecer al régimen de ahorro individual, entre estos, se

encuentran su libre afiliación, y traslado horizontal a OLD MUTUAL hoy SKANDIA.

Finalmente adujo, que la demandante tuvo múltiples oportunidades para regresar al régimen de prima media, aun así, cuando ella tenía pleno conocimiento que el extinto Instituto de Seguros Sociales no se había acabado, si no que el mismo había sido adsorbido por el hoy COLPENSIONES, y que la mejor decisión que había adoptado era haber pertenecido al régimen de ahorro individual.

Por su parte, **SKANDIA**, sustentó su recurso, que los conceptos y emolumentos que deben generarse entre el momento de traslados no indica que deba realizarse sobre los gastos de administración. En este orden de ideas, dijo que se no regula de una manera muy concreta específica, que deba retomarse sobre los gastos de administración, lo que ocurre igualmente con varios conceptos emitidos de orden de control, como lo constituye la Superintendencia Financiera que lo ha expresado en innumerables conceptos; y además, ha indicado que en los casos de nulidad e ineficacia de traslado, no deba recaer sobre los gastos de administración.

Enseñó, que es por ello, que como lo señaló la abogada de PORVENIR, dichos valores dichos porcentajes, se tienen una destinación muy específica y concreta, que en su oportunidad correspondiente en su caso particular desde el año 2015, sufragados para cancelar las respectivas pólizas de aseguradora por una posible contingencia de invalidez o muerte de la aquí demandante.

Por ende, dichos dineros no se encuentran a disposiciones o en aras de las arcas de la entidad a la cual se demandó, por lo tanto, se hizo inviable y materialmente imposible retomar dineros que no cuenta la entidad, dado que la misma Ley 100 de 1993, da una

destinación y una aplicación diferente a la que se está ordenando a través de la sentencia de primera instancia, lo cual no serían viables dichos gastos de administración por parte de SKANDIA.

A su vez, **COLPENSIONES**, en su escrito de apelación, manifestó que en lo que respecta al interrogatorio de parte, se evidenció que la demandante recibió una información clara y voluntaria al efectuar su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, circunstancia que acreditó su deseo de permanencia en el régimen de su situación pensional; por lo tanto, la demandante tuvo la oportunidad de manifestar en sus alegatos de conclusión que pernóctaba en el R.A.I.S., y aun así, reiteró la negligencia que incurrió ella (la demandante) de consultar su situación pensional, donde manifestó que no veía necesidad de consultar la información de los extractos que le eran remitidos por los fondos demandados, circunstancias que claramente la demandante vulneró y desconoció sus obligaciones como consumidor financiero.

También dijo, que no sería viable que en la ineficacia del traslado, se encontraría en un error de derecho, la cual no vicia el consentimiento; además, enseñó que en el interrogatorio de parte, la demandante señaló múltiples oportunidades que conocía la Ley 100 de 1993, a pesar de su profesión, circunstancias estas, que son claras y que el Código Civil lo señala, como lo es que la ignorancia de ley no sirve de excusa, por lo tanto, en este caso no sería procedente la ineficacia del traslado de régimen de la demandante.

Finalmente arguyó, que el hecho de que COLPENSIONES acepten todos los dineros que fueron objetos de cotización en la cuenta de ahorros individual de la demandante, esto no significa, que no se presente una afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, ya que estos regímenes que tienen una financiación y un modelo de financiación diferentes, y eso es lo que afecta y genera una descapitalización del fondo común, afectándose a aquellos

afiliados que si han cotizado de manera constante.

V.ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI.CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 18 de enero de 1964, (f.º 1 medio magnético, demanda pág. 5); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 12 de noviembre de 1993 hasta el 4 de septiembre de 2000, 280,14 semanas (f.º 21, medio magnético, respuesta de COLPENSIONES, pág. 46-49); **iii)** que el 20 de junio de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de agosto de 2001 (f.º 21 medio magnético, contestación Porvenir pág. 33,48-88), y que luego de darse un traslado horizontal entre las AFP SKANDIA y PORVENIR S.A., entre el 8 julio del 2015 con fecha de efectividad desde 1.º de septiembre del 2015, actualmente se encuentra vinculada a SKANDIA, con un total de 1.273,43 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa y su formulario de afiliación de (f.º 21 39 a 45 y la certificación de f.º 293.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a

pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 20 de junio de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (f.º 21 medio magnético, contestación PORVENIR pág. 33,48-88) y, después de darse un traslado horizontal entre la AFP SKANDIA y PORVENIR entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a SKANDIA, conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a (f.º 21 medio magnético, formulario, pág. 1.º) los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la demandante 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.

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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

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

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

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

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

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

incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

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

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

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 20 de junio de 2001, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.,

³ CSJ SL1688-2019.

conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 21 expediente virtual, contestación Porvenir 59, 82), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, SKANDIA, administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a SKANDIA, a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

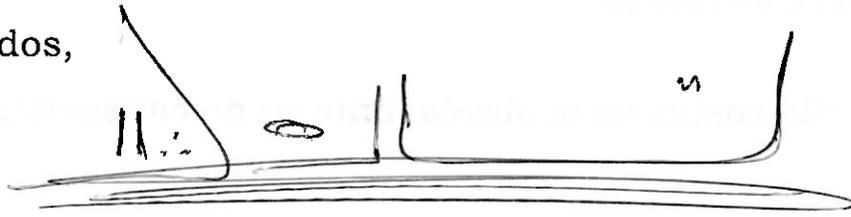
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsi-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15s1tsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurpzOpBCfdBrw_-H0Z-LUwBZhB2mOg-wDzjkID5P4BeIQ?e=aUMier



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARCO ANTONIO VILLAREAL PLAZAS** contra **CEMEX COLOMBIA S.A.**

EXP. 11001 31 05 024 2019 00062 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre 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 demandante, contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara que existía un contrato de trabajo desde el 14 de diciembre de 1971, 12 de enero de 1972 y desde el 14 de enero de 1972 al 6 de marzo de 1981, así como que el empleador omitió afiliar al demandante al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, declarar que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que se aplique el Acuerdo 049 de 1990.

Consecuencialmente, que se condene a la demandada a cotizar sobre todos los factores salariales equivalentes a 5.9 smlmv, condenar a la demandada a reconocer la pensión de vejez a partir del 1.º de mayo de 2008, hasta cuando COLPENSIONES reconozca el pago de esta prestación.

Sustentó sus pretensiones, en que el demandante nació el 17 de enero de 1946; que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 1 de enero de 1967; firmó Contrato a término fijo el 14 de diciembre de 1971 al 14 de enero de 1972; posteriormente, el contrato pasó a término indefinido a partir del 14 de enero de 1972 a 6 de marzo de 1981; que el empleador omitió afiliar al trabajador al Sistema General de Seguridad Social en Pensión; a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía 48 años de edad; a la entrada en vigencia del Acto Legislativo n.º 01 de 2005, había cotizado 387.7 semanas que sumadas a las 474.5 semanas objeto de la demanda, lo que nos arroja un total de 862.2 semanas; en consecuencia, cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejes el 30 de abril de 2008; aportó desprendibles de pago por un promedio total de \$11.025 salarios, equivalente a 5.95 SMLMV.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 14 de noviembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado de la misma.

CEMEX DE COLOMBIA, se opuso a las pretensiones manifestó que para la época de ejecución de los servicios prestados por el demandante, no existía para la empresa la obligación de afiliar ni realizar aportes al Instituto de Seguros Sociales favor de los trabajadores, como quiera que la cobertura prestacional del instituto de seguros sociales en Apulo, Cundinamarca; tuvo funcionamiento solo a partir del 17 de abril de 1994; como excepciones propuso las de cobro de lo no debido, insistencia de las obligación buena fe y prescripción.

COLPENSIONES, se le vinculó al proceso como litisconsorcio necesario, esta dispuso que no se oponía ni allanaba a las pretensiones, como quiera que se encuentra dirigida al reconocimiento de la relación laboral y que en todo caso es la demandada la llamada a cancelar las prestaciones al demandante; Propuso las excepciones de hecho de un tercero, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, innominada o genérica

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado 24 laboral del Circuito de Bogotá, consideró que el problema jurídico a resolver es establecer si **CEMEX DE COLOMBIA S.A.**, tenía la obligación de efectuar cotizaciones al sistema de seguridad social a favor del demandante, por lo tanto, se debía cancelar el cálculo actuarial a **COLPENSIONES**; verificado en ese aspecto este acto se debe determinar si la demandada debe reconocer y pagar al demandante pensión de vejez mientras COLPENSIONES la

sustituye. Así mismo, debe verificarse si procede el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del empleador del demandante debiéndose establecer si es beneficiario del Régimen de Transición que refiere el artículo 36 del Ley 100 de 1993, y en concordancia con el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990.

En ese orden, y al resolver los problemas jurídicos propuestos, en sentencia de 24 de febrero de 2021, el juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que entre el señor MARCO ANTONIO VILLAREAL PLAZAS y CEMEX COLOMBIA S.A., existieron dos contratos de trabajo, uno desde el 14 de diciembre de 1971 al 12 de enero de 1972, y otro desde el 14 de enero de 1972 al 6 de marzo de 1981; ordenó a CEMEX COLOMBIA S.A. certificar el salario devengado por el demandante con todos los factores salariales y lo remitan a COLPENSIONES; así mismo, ordenó a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial por conceptos de aportes para la pensión del demándate conforme al certificado aportado por CEMEX DE COLOMBIA S.A.; ordenó a CEMEX DE COLOMBIA S.A., a gestionar y cancela ante COLPENSIONES, como entidad que reconocerá la pensión del señor MARCO ANTONIO VILLAREAL PLAZAS el cálculo actuarial del periodo comprendido entre el 14 de diciembre de 1971 al 12 de enero de 1972, y desde el 14 de enero de 1972 al 6 de marzo de 1981, a satisfacción de COLPENSIONES y conforme al cálculo realizado por la entidad, para efecto de convalidar los tiempos de aportes en los que no se efectuaron cotizaciones; declaró como no probada las excepciones propuestas por la parte accionada.

Esgrimió, que no es objeto de discusión que entre el señor **MARCO ANTONIO VILLARREAL PLAZAS y CEMENTOS DIAMANTE S.A. FÁBRICA DE APULO** hoy **CEMEX DE COLOMBIA S.A.**, existieron dos vínculos laborales el primero a término fijo con vigencia el 14 de diciembre de 1971 al 12 de enero de 1972, y uno a término

indefinido del 14 de enero de 1972 hasta el 6 marzo de 1981, pues la demanda así lo aceptó al dar respuesta a los hechos 4 y 5 de la misma, y además, ello se corrobora con la certificación laboral que aparece en el folio 15 del expediente, así como en el folio 19.

Argumentó, que si bien la obligación para las empresas frente a la afiliación de sus trabajadores en el Instituto de Seguros Sociales (pensiones) no fue inmediata, si no que inició de manera gradual en los distintas regiones, departamentos y municipios de Colombia, en la medida en que el instituto de seguros sociales fue extendiendo su cobertura en el territorio nacional, esto no releva al empleador de la obligación pensional y de jubilaciones frente a sus trabajadores, por cuanto está a cargo del empleador aun cuando no haya sido a inscripción en algunas zonas del país realizar los mencionados aportes.

Así mismo, invocó la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia la cual ha establecido de manera pacífica y reiterada que la obligación patronal del pago de los aportes pensionales debe ser atendida en el evento en que ha existido omisión en el deber de cumplir con el llamado obligatorio respecto a la filiación y pagos al sistema general de seguridad social en pensiones, incluso por los periodos en los cuales no existió cobertura del Instituto de Seguro Social en una amplia zona del territorio estableciendo que es el empleador quién debe contribuir a la financiación de la pensión de quién le prestó servicios cancelando el valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Toda vez, que el trabajador tiene derecho a que esos tiempos laborados como trabajador subordinado, lo que deben ser tenidos en cuenta conforme lo estableció el literal c) del artículo 33 de la ley 100 de 1993, al señalar que para el computo se debe tener en cuenta el

tiempo de servicios como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, tenían a su cargo el reconocimiento y el pago de la pensión, en efecto a partir de la sentencia SL 9856 de 2014, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, doctrinó que el empleador que no afilió a su trabajador a un sistema de seguridad social incluso debido a la falta de cobertura del instituto del seguro social debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores.

Por otro lado, recordó que la obligación del pago de las pensiones de jubilación estaban en encabeza de los empleadores antes de la creación del instituto de seguros Sociales, por ello cuando la Ley 90 de 1946, dispuso en sus artículos 72 y 76, que esa entidad asumiría gradualmente el riesgo de vejez, en aquellos sitios en los que iniciaría la cobertura para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregársela posteriormente al instituto, de modo que la carga pensional de jubilación continuó bajo la responsabilidad de los empleadores aun cuando no hubiera presencia del Instituto de Seguros Sociales, en algunas zonas geográficas o frente a algunos sectores de Industria.

Para el caso bajo examen, el señor **MARCO ANTONIO VILLARREAL PLAZAS** y la sociedad **CEMEX COLOMBIA S.A.**, tuvieron un vínculo laboral comprendido entre el 14 de diciembre de 1971, al 12 de enero de 1972 y el 14 de enero de 1972 al 6 de marzo de 1981, y es por ello, que se derivó a cargo del empleador la obligación de pagar los aportes pensionales a favor del demandante a la administradora de fondos de pensiones de su elección, en este caso a la que se encuentra vinculado, es decir, a COLPENSIONES, sin que resulte necesario determinar si el vínculo contractual se encontraba vigente a la entrada en vigencia en rigor de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, el *ad quo* ordenó a la demandada **CEMEX COLOMBIA S.A.** a pagar el cálculo actuarial a favor del demandante, conforme se señala en el inciso 2.º, del párrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual está representado por un Bono o título pensional calculado en la forma que exponen los Decretos 1887 de 1994 y 1749 de 2000.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La Apoderada de la parte **DEMANDADA**, argumentó en su apelación que no existe razón de imponerle a **CEMEX COLOMBIA S.A.**, una carga de periodos de aportes que eran imposibles aportar por cuanto el Instituto de Seguros Sociales no tenía presencia en el lugar de prestación del servicio del trabajador, ni tampoco existía la obligación de afiliar y efectuar los aportes a favor de estos. Que en caso de confirmar la orden de pagar el cálculo actuarial, se establezca que el aporte a cargo de la demandada debe hacerse de forma proporcional y conforme al porcentaje de aporte que le correspondería como empleador y no por la totalidad del aporte.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, y sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, según lo previsto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo. La sala tendrá como problema jurídico, verificar si la demandada está en la obligación de reconocer el cálculo actuarial a favor del demandante y pagaderos a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, así como el monto de dicho cálculo actuarial.

Para resolver el recurso de apelación incoado por la parte actora, vale la pena traer a colación lo manifestado por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL018-2021, en donde manifestó que los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliarse a los trabajadores al I.S.S., por falta de cobertura.

Así las cosas, las reglas frente a la falta de afiliación son: i) El pago del título pensional a la entidad de seguridad social, que tiene por finalidad cubrir los periodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación, ii) Se garantiza la preponderancia de la satisfacción de los derechos fundamentales del trabajador para la construcción de su derecho pensional, derivado de los periodos en que trabajó, iii) La responsabilidad financiera del empleador, persiste aún ante la falta de cobertura del I.S.S., iv) En relación con la obligación, es irrelevante que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el contrato de trabajo no se encontrara vigente, pues la carga que se asume se deriva de los servicios prestados. Las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones subsisten, aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia, motivo por el cual esta sala **CONFIRMARÁ**, la decisión de primera instancia.

Ahora bien, Para efectos de determinar cuál es el valor del cálculo actuarial que le corresponde pagar a **CEMEX COLOMBIA S.A.**, es importante resaltar que en reiterada e inveterada jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia esta ha concluido que determinado que el total del porcentaje de la cotización le corresponde asumirla al empleador por cuanto antes de que estos fueran subrogados en la obligación pensional por el Instituto de Seguros Sociales, tenían la obligación de asumir la carga

pensional al 100%, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL, 584-2020, donde manifestó que:

"La razón por la cual el empleador debe asumir integralmente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fué el único responsable del riesgo pensional en la medida que tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo de ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales", mas adelante señaló que "además el parágrafo primero de artículo 33 de la ley de 1993, señaló que el tiempo de servicio como trabajador vinculado a un empleador que antes de la vigencia de dicha ley tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual el empleador o la caja deberán trasladar con base al cálculo actuarial la suma correspondiente representada a través de bono o título pensional sin que la norma establezca la contribución por parte del trabajador."

Por lo dicho anteriormente, sobre este punto, esta sala decide **CONFIRMAR** el fallo de primera instancia por las razones expuestas.

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

RESUELVE:

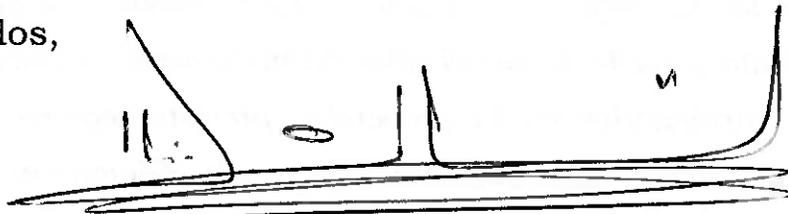
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, por el Juzgado veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

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 **GRISELDA DEL CARMEN PEDRAZA CASTILLO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 026 2019 621 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2021, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a PORVENIR S.A., en septiembre de 1999, antes BBVA HORIZONTE Y PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por la

inexistencia de los requisitos esenciales para obligarse como lo estipula el artículo 1502 del Código Civil; en consecuencia, COLPENSIONES debe afiliarse al demandante y recibirlo en el régimen de prima media con prestación definida, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, trasladar a COLPENSIONES, junto con la indexación de todas esas sumas (Archivo n.º 1, pág. 8).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 29 de abril de 1963, la señora Griselda Del Carmen Pedraza Castillo se afilió por primera vez, al Instituto de los Seguros Sociales el 3 de agosto de 1987, en el año de 1999, prestaba servicios para la Universidad Antonio Nariño, empresa la cual permitieron el ingreso de los asesores de los fondos privados en la cual, realizaron asesorías a los empleados de la empresa, donde los asesores del fondo privado, suscribieron documentos de afiliación y traslados sin el consentimiento de las personas que asesoraban ese día.

Arguyó, que ella nunca dio autorización, ni firmó el formulario de afiliación, al igual que ningún otro documento, que avalara el traslado unilateralmente de la Universidad donde laboraba al traslado a la BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., actualmente con el nombre PORVENIR.

Por lo tanto, se dio un engaño a la demandante, y en septiembre de 1999, sin recibir una información técnica y adecuada, la demandante fue trasladada a PORVENIR S.A., antes BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la cual no se le informó que la pensión de vejez que ella obtendría sería menor, que en el régimen de prima media con prestación definida.

Así mismo, nunca le explicaron que era un bono pensional, al igual que nunca le explicaron la modalidad que usaba un fondo privado, por lo que se concluyó que la demandante fue engañada no

solamente de que el fondo privado sería mucho más favorable que el público, sino que además se pensionaría mucho más rápido.

Agregó, que la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR, antes BBVA HORIZONTES PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., le ocultó información vital, por ello, la afiliada tomó la decisión bajo engaño. (Documento n.º1, pág. 12-13); afirmó, además, que el día 28 noviembre del año 2017, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada por parte de PORVENIR S.A. (Archivo n.º 1, pág. 13).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 20 de marzo de 2018, ordenándose el término de cinco (5) días para que subsanara la demanda (Documento n.º 1, pág. 50); la cual se subsanó, y se admitió el 10 de abril del 2018 (Documento n.º 1, pág. 78), y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (Archivo n.º 1, pág. 78-79).

COLPENSIONES, en su defensa invocó la prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos. (Archivo n.º 1, pág. 90-91).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa propuso como excepciones previas, la de litisconsorte necesario; así mismo, las excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones de la demanda, buena fe, prescripción de obligaciones laborales del trato sucesivo, enriquecimiento sin causa, (Archivo n.º 1, pág. 138-142). La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo n.º 1, pág. 182).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de abril 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 (Archivo n.º 5, pág. 2).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

EL DEMANDANTE, apeló con el argumento de que no se le explico cómo fue la asesoría, porque expresamente esa vinculación de ella como fue probada dentro del proceso, se dio mediante engaño y sin enterarla a ella siquiera. Así mismo, evidenció que el formulario aparece sin la firma, y reiteró que los formularios posteriores fueron firmados al vincularse a otras empresas, pero eso no constituye una afiliación horizontal.

Entonces, si ella no conocía esas circunstancias precisamente, por eso no podía informar al despacho en qué circunstancias se dio la afiliación, y más aún cuando se brindó una información netamente verbal y no escrita, donde acreditara que estaba dando el consentimiento del traslado al fondo privado donde le debieron ser expuestas las características de ambos regímenes pensionales, riesgos, ventajas y desventajas de su traslado, lo cual no ocurrió, y simplemente se dio un engaño ante la demandante de los asesores del fondo privado.

V.ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 29 de abril de 1963 (Archivo n.º 1, pág. 10) **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de abril de 1992 hasta el 31 de marzo 1999, un total de 312 semanas (Archivo n.º 1, 45-46,); **iii)** la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual de Horizonte, el 1.º de septiembre de 1999, aun así sin la

firma del formulario como consta en el (Archivo n.º 1, pág. 146 y 148) y cotizó hasta el 31 de mayo del 2002 **iv)** el 31 de mayo de 2002, se dio un traslado horizontal, entre HORIZONTE y PORVENIR S.A., con base en el formulario, la historia laboral como consta en el (archivo n.º 1, pág. 146 y 148) **v)** y que luego de varias cotizaciones al régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculado a PORVENIR S.A., con un total de 782 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa en (Archivo n.º 1, pág. 37-44), y una certificación adicional en (Archivo n.º 1, pág. 158- 178), que deja ver la continuidad de sus cotizaciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la

cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, desde 1.º de septiembre de 1999, ha efectuado sus aportes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, administrada por PORVENIR S.A., conforme la historia laboral obrante en el (Archivo, n.º 1 pág. 170-178), por cuanto no hay constancia alguna de que el actor haya suscrito o firmado el formulario de afiliación y trasladado a dicho fondo, debido a que el mismo fue aportado por PORVENIR S.A. sin la firma de la parte demandante. (Archivo n.º 1 pág. 35 y 145).

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

Igualmente, se observa que PORVENIR S.A., tampoco logro acreditar que hubiese suministrado información a la demandante, una información completa al momento de la firma del formulario en ese entonces Horizonte como consta en el (Archivo n.º 1, pág. 36 y 145)

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

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

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

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

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

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, sobre la inconformidad respecto de la condena en costas de las entidades demandadas, encuentra la Sala que, la imposición de ellas a una parte, es una consecuencia implícita al hecho de haber sido vencida en juicio, conforme se estatuye en el artículo 365 del Código General del Proceso, tal como sucedió con las A.F.P. demandadas en primera instancia, ya que el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, de ahí que tal aspecto deba confirmarse la providencia apelada.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 1.º de

³ CSJ SL1688-2019.

septiembre de 1999, cuando se trasladó de régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., actualmente PORVENIR S.A., conforme al formulario, y su historial laboral allegado al proceso (Documento n.º 1, pág. 36 y 150 a 178)., por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** en estos términos 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 abril de 2021, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por Griselda Del Carmen Pedraza Castillo, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 1.º de septiembre de 1999, a través de la AFP PORVENIR S.A., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, aquellos valores que hubiere recibido

con motivo de la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurpzQpBCfdBnw_-H0Z-LUwBZhB2mOq-wDzjk1D5P4BeIQ?e=aUMier



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUIS ALFONSO VILLALBA CRUZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 035 2019 00690 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarase la nulidad de los traslados efectuados a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., y a PORVENIR S.A., y en su lugar, se condenara a PORVENIR S.A. a realizar los trámites requeridos para el traslado a COLPENSIONES y a que trasladara todos los dineros que tenga en su poder, cotizaciones, rendimientos bonos pensionales y cualquier otra suma que hubiese generado a su costa a COLPENSIONES; como consecuencia de esto, solicitó que se ordenara a Colpensiones a activar su afiliación, a recibir las sumas que sean trasladadas por PORVENIR S.A., y a actualizar la historia laboral del demandante.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 28 de enero de 1963, inició su vida laboral el 1.º de enero de 1985, cotizando en la extinta Caja de Previsión Departamental del Meta. A partir de 1993, cotizó en la extinta Caja Nacional de Previsión - CAJANAL hasta el 31 de diciembre de 1998. En el mes de enero de 1999, fue abordado por asesores de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., y se vinculó a dicho fondo privado debido a los beneficios que le fueron ofrecidos, y ante la promesa de que sus fondos estarían más seguros allí, por la inminente terminación del I.S.S., todo esto, sin que se le brindara información suficiente acerca de las implicaciones, ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Manifestó, que fue vinculado a PORVENIR S.A. el 18 de junio de 2002, traslado del cual nunca fue informado, sólo fue requerido para firmar el formulario de traslado; además, de que esta AFP tampoco le brindó información suficiente acerca de las condiciones necesarias para pensionarse más joven, y tener una mesada mayor a la que

obtendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como tampoco se le informó en relación de sus aportes realizados a la Caja de Previsión Social del Meta, y CAJANAL, y en general, incumplió con su deber de información al igual que COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de octubre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Documento 1, página 81).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Prescripción, Caducidad, Inexistencia de la causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada y No procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Documento 1, páginas 111 - 126).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, y Compensación (Documento 4, páginas 36 - 38).

Mediante auto de fecha 14 de octubre de 2020, se vinculó a PROTECCIÓN S.A., en calidad de litisconsorte necesario, y se ordenó su notificación y traslado (Documento 06, página 1 - 2).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones; y propuso como excepciones de fondo o de mérito las de

Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, Buena fe, Prescripción, Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (f.º 331-338).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Documento 10, páginas 1 - 2).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de mayo de 2021, declaró probada la excepción de Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, como consecuencia de ello, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante y condenó a éste último en costas (Documento 28, páginas 1 - 4).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El DEMANDANTE, apeló con el argumento de que del estudio de las pruebas obrantes en el expediente, se puede evidenciar que los montos devengados por el demandante le concederían una pensión más alta en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, donde esta no supera el salario mínimo.

Finalizó, alegando que las demandadas no probaron que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, era igual más beneficioso para el demandante; además, dijo que había quedado demostrado que incumplieron con su deber de información, y tampoco allegaron la proyección pensional para desvirtuar la afirmación de que el régimen de Prima Media era menos beneficioso.

V.ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI.CONSIDERACIONES

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

información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 28 de enero de 1963 (Documento 1, pág. 23); **ii)** cotizó en CAJANAL, mientras laboraba en el Departamento del Meta y la Contraloría General de la República, entre los años 1985 y 1998 (Documento 1, pág. 25, 39, 59, 175, 186 y 199); **iii)** que el 30 de octubre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de diciembre de 1998, (Documento 5, pág. 4 y Documento 9, pág. 27 y 29), y que luego se transfirió a la AFP PORVENIR S.A., a la que actualmente se encuentra vinculado, con un total de 1055 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa en el Documento 1, pág. 37 a 53.

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

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

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

instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 30 de octubre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. (Documento 5, pág. 4 y Documento 9, pág. 27 y 29), y actualmente, se encuentra afiliado a PORVENIR S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles en el Documento 1, pág. 55, en el Documento 5, pág. 2 y en el Documento 9, pág. 29, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ CSJ SL1688-2019.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 30 de octubre de 1998, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Documento 9, pág. 29), así como la afiliación a PORVENIR S.A., realizada el 10 de abril de 2002, (Documento 1, página 55 y Documento 5, página 2), por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** en estos términos 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 24 de mayo de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por Luis Alfonso Villalba Cruz, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 30 de octubre de 1998, a través de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., y el posterior traslado horizontal

Pensiones - COLPENSIONES, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

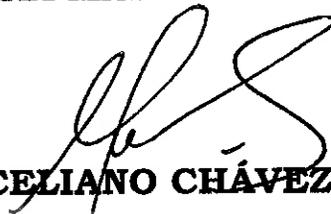
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
[035 2019 00690 01 - OneDrive \(sharepoint.com\)](#)