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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JULIO CESAR OSSA MUÑOZ** contra **LINO FEIJO ÁLVAREZ.**

EXP. 11001 31 05 **030 2018 00468 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 febrero de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la existencia de un contrato de trabajo con el demandado, LINO FEIJO ÁLVAREZ, desde

enero de 2002 y, en consecuencia, se ordenara el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación familiar a diciembre de 2015. De igual manera, solicitó sanciones legales, ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que fue contratado en el año 2002 por la demandada para desarrollar servicios varios y trabajos con pulidora en su establecimiento de comercio, REPRODUCCIONES LIFE, relación laboral que aún continúa vigente; que el salario acordado fue el SMMLV, que no fue afiliado por su empleador al sistema general de seguridad social, por ende, no se realizaron los aportes, pues fue solo desde el año 2016 en que se le viene cumpliendo parcialmente con esa obligación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de septiembre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 59).

El demandado, LINO FEIJO ÁLVAREZ, representado por su curador principal, ALEX FEIJO MARTINEZ, dio contestación a la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Adicionalmente, propuso las excepciones de pago de las prestaciones laborales y falta de legitimación en la causa por pasiva(fl.79-83).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 11 de febrero de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de septiembre de

2002, vigente en la actualidad, y en consecuencia, condenó a la demandada al pago del cálculo actuarial de los aportes pensionales causados desde el 19 de septiembre de 2002 y el 31 de julio de 2010, ante COLPENSIONES, teniendo en cuenta como base para todos los efectos el SMMLV para cada anualidad.

Consideró que el demandante de acuerdo con el historial de semanas cotizadas se afilió al sistema el 3 de octubre de 1989, con varias afiliaciones por empleadores hasta el 30 de junio de 2002 y que presenta una interrupción de aportes desde el 1.° de septiembre de 2002 hasta el 31 de julio de 2008. Expresó además, que desde el mes de agosto de 2010, empezó a realizar cotizaciones de manera personal a través de un programa adulto mayor fondo de solidaridad hasta el 30 de junio de 2018.

Adujo, que la relación laboral entre el demandante y el demandado inició el 19 de septiembre de 2002, la cual continua vigente, fundamentándose en las declaraciones de las partes y adicionalmente, señaló que el salario era el SMMLV, al remitirse a las liquidaciones obrantes en el expediente y aduciendo que en Colombia no se podía devengar menos de ese salario.

De acuerdo con todo lo anterior, concluyó que era procedente condenar al demandado al pago del cálculo actuarial de los aportes a pensiones entre el 19 de septiembre de 2002 hasta el 31 de julio de 2010, a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación, manifestando que la relación laboral entre el demandante

y la demandada es mucho más amplia que la declarada en la sentencia, lo cual afecta en gran medida el número de semanas de cotización a pensiones requeridas para acceder a la pensión de vejez.

Por otra parte, la apoderada judicial de la parte **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación, manifestando que no hubo pronunciamiento respecto de las excepciones de mérito propuestas, puesto que si bien se condenó a LINO FEIJO ÁLVAREZ, no hubo pronunciamiento alguno respecto del otro demandado, en lo que respecta a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, y por otro lado, reparó que la fecha de inicio de la relación laboral fue del 19 de septiembre de 2002 y no, el 1.° de enero o 30 de julio de esa misma anualidad.

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 dos problemas jurídicos a verificar así, el primero, determinar el extremo temporal inicial de la relación laboral entre las partes, así como los extremos temporales objeto de cálculo actuarial; el segundo, determinar la procedencia o no de la excepción de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la demandada.

En lo que respecta al primer problema jurídico, advierte la sala que no se encuentra en controversia la existencia de un contrato de trabajo que, a la fecha en que se profirió la sentencia de primera instancia, aún continuaba vigente entre las partes, pues lo que se encuentra a debate inicialmente en esta instancia, es el extremo temporal inicial de ese vínculo laboral.

Observa esta corporación judicial, que de las pruebas documentales acompañadas con la demanda, del interrogatorio absuelto por el demandante, la declaración rendida por el curador principal, ALEX FEIJO MARTINEZ, de la parte demandada y de las testimoniales recaudadas, esto es, Diana María Fonseca y Augusto Perdono, se puede extraer de ellas con claridad la fecha exacta en que inició el vínculo laboral entre el demandante y el señor LINO FEIJO ÁLVAREZ.

Aunado a lo precedido, advierte la sala que la parte demandada al dar contestación al hecho noveno de la demanda expresó lo siguiente: *"…el demandante comienza a laborar el día 19 de septiembre de 2002 y la hija lo afilia el 30 de junio de 2002 o sea 79 días antes de comenzar a laborar con REPRODUCCIONES LIFE…"*; manifestación esta, que de acuerdo con lo preceptuado con el artículo 191 del Código General del Proceso, y al no ser desvirtuada con otro medio probatorio, constituye confesión de la parte demandada, por tanto, no se equivocó el juzgador de primera instancia cuando concluyó que el extremo temporal inicial de la relación laboral lo fue el 19 de septiembre de 2002.

Ahora bien, aun cuando se encuentra definido el extremo temporal inicial del contrato de trabajo, encuentra esta sala que le asiste razón a la apoderada judicial de la parte demandante cuando reparó que los extremos temporales objeto de cálculo actuarial, por cuanto al continuar vigente el vínculo laboral y no existir evidencia

del pago de los aportes al sistema general de pensiones a la fecha, no era dable al A quo limitar el extremo temporal final del cálculo actuarial al 31 de julio de 2010, sino hasta la fecha en que se produzca la terminación del vínculo laboral o hasta la fecha en que se produzca la afiliación al sistema del demandante al sistema por el empleador siempre y cuando, esta ocurra antes de la terminación del contrato de trabajo. Por tanto, habrá lugar a revocar parcialmente la sentencia en este punto.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado, la parte demandada plantea la excepción indicando que, "*se basa la presente excepción en el hecho que el señor ALEX FEIJO MARTINEZ, no tiene responsabilidad alguna en la relación laboral que tienen el señor demandante con la entidad REPUDUCCIONES LIFE porque este es únicamente el GUARDADOR PRINCIPAL del interdicto señor LINO FEIJO ALVAREZ, quien supuestamente fue quien contrato al demandante*"; sin embargo, encuentra la sala que aunque el juez de primera instancia no se refirió expresamente a la excepción propuesta, si consideró que la relación laboral se configuraba entre JULIO CESAR OSSA MUÑOZ y el demandado, LINO FEIJO ÁLVAREZ, puesto que, el señor ALEX FEIJO MARTINEZ, solo funge en el presente proceso en calidad de Curador Principal del demandante, por tanto, no queda otro camino a esta corporación judicial que confirmar la sentencia respecto a este punto.

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 PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta

Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y en su lugar disponer lo siguiente:

> **SEGUNDO: CONDENAR** al señor LINO FEIJO ALVAREZ en calidad de propietario del establecimiento REPRODUCCIONES LIFE, representado por su Curador Principal, ALEX FEIJO MARTINEZ, a reconocer y pagar a favor del señor JULIO CESAR OSSA MUÑOZ, el cálculo actuarial de los aportes pensionales causados desde el 19 de septiembre de 2002 hasta la fecha en que se produzca la terminación del vínculo laboral o hasta la fecha en que se produzca la afiliación al sistema del demandante al sistema por el empleador siempre y cuando, esta ocurra antes de la terminación del contrato de trabajo, pago que deberá efectuarse a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, teniendo en cuenta para el efecto los salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada anualidad, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida 11 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., 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 **RICARDO CLAROS PRIETO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **021 2020 00174** 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.° 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 30 de julio de 2021, por el Juzgado 21 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 **CINDY JULIETH VILLA NAVARRO,** en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 25 (cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la ineficacia de los traslados efectuados a PROTECCIÓN S.A., el 4 de septiembre de 1995, y a PORVENIR S.A. el 18 de enero de 2000, 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 PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas, que se condene en costas a las demandadas a pagar los costos y agencias en derecho y se condene ultra y extra petita (archivo n.° 4-pág. 9).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 5 de junio de 1958; realizó aportes en I.S.S. hoy COLPENSIONES desde inicio de su vida hasta septiembre de 1995, momento en el que fue visitado por los asesores de PROTECCIÓN S.A., quienes le brindaron información acerca de las cesantías, lo que motivó su traslado de cesantías a dicho fondo; que el 4 de septiembre de 1995, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1.° de enero de 1995, tiempo en el que recibió

los extractos en donde le mostraban información acerca de la rentabilidad de sus aportes.

Agregó, que el 18 de enero de 2000, se trasladó a PORVENIR S.A., 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 2009, el fondo PORVENIR S.A., no informó al demandante que debía trasladarse al primer régimen, pero la solicitud fue negada por no información de conformación a su antiguo régimen de prima media (Archivo n.° 4- pág.10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 19 de agosto de 2020, el cual notifico para ser subsane de la demanda (Archivo n.°3-pág. 1.° y 2.°). Y, después de subsanada la demanda se corrió auto donde se admitió el día 3 de diciembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo n.° 5-pág. 1).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las

denominadas: 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, innominada o genérica, 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 y compensación, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y traslado de aportes (Archivo n.° 7-pág. 21 a 28).

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, compensación y excepción genérica (Archivo n.° 8-pág. 24 a 26).

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 de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica (Archivo n.° 10-págs. 24 a 41)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo n.°12-pág. 1 a 2).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado

de régimen pensional efectuado por el señor RICARDO CLAROS PRIETO al régimen de ahorro individual el 4 de septiembre de 1995; en consecuencia, declaró valida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES; condenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante aportes pensionales, cotizaciones bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; también, condenó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración gastos de administración, comisiones y seguros previsionales con cargo a sus propios recursos y lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado; por su parte, condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral, declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado, costas de esta instancia a cargo de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y consúltese esta decisión con el superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES. (Archivo n.° 20-pág. 3 a 4).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

PROTECCIÓN S.A., apeló con el argumento de que no resulta viable la condena, en el sentido de ordenarle a trasladar los dineros correspondientes sobre las cuotas de administración y seguros

provisionales, toda vez que estos son descuentos legales exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes; argumentó con esto, que si bien el demandante hubiese permanecido afiliado en el régimen de prima media, igualmente estos descuentos se hubiesen generado, y los mismos, se hubieran encontrados plenamente sustentados en los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual del demandante durante el tiempo que estuvo vinculado a PROTECCIÓN S.A.; indicó también, que se debe tener en cuenta que si la consecuencia de la ineficacia es entender que el demandante siempre ha estado en el régimen de prima media, la consecuencia debería ser ordenar solo el traslado del valor correspondiente a los aportes, más los rendimientos que éstos hubiesen generado en el régimen de prima media, ya que es bien sabido que los rendimientos que se generan en el R.A.I.S., y que por mucho superan a los del R.P.M.P.D.; y por último, dijo que se aplique la prescripción en los dineros de las cuotas ya que indica que no es la vocación de estos financiar la mesada pensional.

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 cuando no tenía ningún derecho adquirido, ni era beneficiario del régimen de transición; adujo, que de igual manera al no ser beneficiario del régimen de transición, ni siquiera contando con la edad para considerarse este renunció al beneficio de pensión de transición lo cual estaba acogido por la Ley 100 de 1993, y estaban total libertad de realizar traslado de régimen, como lo efectuó el régimen de ahorro individual.

Enseñó igualmente, que no puede exigírsele al formulario de afiliación requisitos adicionales que los que centró el Decreto n.° 692 de 1994, para esa primera etapa del deber de información, se

hace propiamente una exigibilidad de la información adicional que debiera contener el formulario de afiliación, y pues propiamente era algo que dentro de esa primera etapa no existía, informo también que dentro del interrogatorio de parte, el demandante, conocía previo a su traslado de régimen, los requisitos para pensionarse dentro del régimen de prima media, conocía la existencia de la Ley 100 de 1993, como ley de orden público, y de público conocimiento, a efectos de conocer la naturaleza del régimen de ahorro individual, el cual le fue informado por parte de mi representada el movimiento de su cuenta de ahorro individual frente a los extractos de aportes que recibió, como lo indicó en el interrogatorio de partes, es de esa manera, que se cumplió con el deber de información y no era indicado acceder a la ineficacia del traslado; también dijo, que al no conocerse previa información, no se adoptó la decisión de manera puntual y concreta con lo que explicó anteriormente; por último, reveló que con base a lo anteriormente alegado en el recurso, que se tenga en cuenta para absolver a la demandada.

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que no resulta viable declarar la nulidad del traslado al R.A.I.S., con base en un presunto vicio en el consentimiento, 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 trasladar la carga de la prueba a la demandada en donde se legitima

causa como tal, una petición se otorga después del tiempo configurándose un imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, 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.° 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

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 15 de junio de 1958 (Archivo n.° 4-pág. 33); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de mayo de 1985 hasta septiembre de 1995, 423.29 semanas (Archivo n.° 4-pág. 55 y 56); ***iii)*** que el 4 de septiembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 5 de septiembre de 1995 (Archivo n.° 4-pág. 31), luego se trasladó a A.F.P. PORVENIR S.A. (Archivo n.° 4-pág. 39), 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 1653 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (Archivo n.° 4.pág. 45-54), y la certificación de (Archivo n.° 4-pág. 39).

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.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 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, a PROTECCIÓN S.A., el 4 de septiembre de 1995, (Archivo n.° 4-pág. 31), y luego se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., el 18 de enero de 2000, (Archivo n.° 4-pág. 39); y después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a COLPENSIONES , conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles (Archivo n.° 23-pág. 30) , 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 el Actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ 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

[1] CSJ STL8125-2020.

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

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

Ahora bien, 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 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, deben las demandadas PROTECCION S.A Y PROVENIR 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 efectuados a PROTECCIÓN S.A., el 4 de septiembre de 1995, (Archivo n.° 4-pág. 31), y luego se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., el 18 de enero de 2000, (Archivo n.° 4-pág 39), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que COLPENSIONES, 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

[3] CSJ SL1688-2019.

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 los numerales **SEGUNDO Y TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 30 de julio de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR PROTECCION S.A y PORVENIR 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.

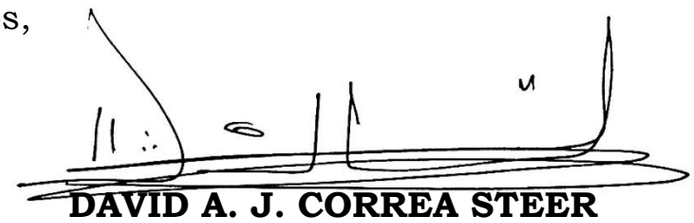
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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.

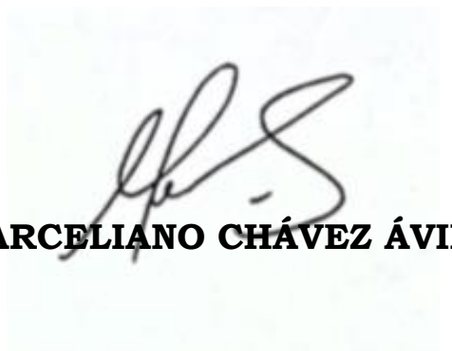
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA