



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 NIÑO VARGAS** contra **TRANSPORTES AUTOLLANOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 004 2017 00201 02.

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 16 de febrero de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Se observa, que la parte **DEMANDADA** allegó memorial de fecha de 26 de mayo de 2021, mediante el cual solicitó que se decretara la prueba documental consistente en Resolución n.º SUB 85293 de 7 de abril de 2021, emitida por Colpensiones, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez al actor (Cuad. n.º 1, f.º 1100 - 1102).

No obstante, se dispone **NEGAR** dicha solicitud, como quiera que no se da ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que determina los casos en los que el tribunal puede ordenar y practicar pruebas cuando actúa como juez de apelación.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que entre él, y Transportes Autollanos S.A., existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de julio de 2013; y que la terminación del mismo fue ineficaz, por cuanto la demandada no solicitó permiso al inspector de trabajo para despedirlo, como lo indica el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pese a ser un trabajador en estado de limitación en sus condiciones de salud; que no existió solución de continuidad en dicha relación laboral; que goza de la protección constitucional de estabilidad laboral reforzada, y que el reintegro que fue ordenado en sede de tutela tiene carácter definitivo.

En consecuencia, que se condenara a reintegrarlo en el cargo de Ejecutivo Comercial, que era el que venía desempeñando, o en un cargo igual o de mayor categoría que contemple su condición de salud; al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; de los perjuicios morales que le fueron causados en el curso de la relación laboral; de la suma de 100 salarios mínimos mensuales

legales vigentes por concepto de daños en salud, y las prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas en vigencia de la relación laboral, teniendo que las mismas no fueron debidamente liquidadas, pues la demandada únicamente tuvo como base el salario de \$1.000.000, y desconoció el pago por concepto de comisiones, las cuales constituían salario.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 18 de julio de 2013, celebró un contrato a término indefinido con la demandada para desempeñar el cargo Ejecutivo Comercial; que el salario que se pactó fue de \$1.000.000, y que adicional a dicho valor recibía comisiones por ventas equivalentes al 3% del valor de los negocios; que en el 2014, presentó un deterioro evidente en su estado como causa del acoso laboral de la demandada, el cual también le generó varias crisis psíquicas y psiquiátricas, y que el 7 de julio de 2015, radicó un derecho de petición ante el Ministerio del Trabajo, con el fin de informarle a dicha entidad del acoso laboral que padecía.

Sostuvo, que en varias oportunidades fue diagnosticado con trastorno mixto de ansiedad y depresión, y con trastorno depresivo recurrente; que en varias ocasiones puso de presente a la demandada las situaciones de acoso laboral a las que fue sometido; que le informó al Ministerio del Trabajo de las inconsistencias presentadas en la formación del Comité de Convivencia de la demandada dirigido a prevenir situaciones de acoso laboral; que el día 1.º de marzo de 2016, E.P.S. Famisanar le comunicó que no podía efectuarle calificación de pérdida de capacidad laboral, debido a que la sociedad demandada no aportó los documentos necesarios para ello, y que ello era demostrativo de que la demandada era conocedora de su condición clínica.

Señaló, que el día 6 de mayo de 2016, el Centro de Investigaciones del Sistema Nervioso, Campo Nuevo Cisme, le expidió incapacidad por 16 días, tras ser diagnosticado con una enfermedad psíquica de origen profesional, y que en Resolución n.º 001419 de 31 de mayo de 2016, el Ministerio del Trabajo sancionó a la entidad demandada, debido a que esta no probó haber realizado el trámite dentro de los términos legales de la E.P.S. para el envío de documentos que permitieran calificar su invalidez, y por no tener implementado el Sistema de Gestión de la Seguridad Social y Salud en el Trabajo.

Expuso, que el 9 de septiembre de 2016, fue diagnosticado con trastorno de ansiedad generalizado, y el 10 de octubre de 2016, con hiperlipidemia mixta; que por los trastornos psíquicos, físicos y fisiológicos que padecía, E.P.S. Famisanar le procedió a calificar su pérdida de capacidad laboral; que el 18 de noviembre de 2016, la empresa le notificó de la carta de terminación del contrato de trabajo; que el despido se hizo efectivo el día 22 de noviembre de la misma anualidad; que el 21 de noviembre de 2016, recibió la liquidación final de las prestaciones sociales, la cual únicamente tuvo en cuenta el salario devengado por \$1.000.000, y no las comisiones devengadas por él; que la sociedad demandada lo despidió, pese a su condición de estabilidad laboral reforzada, y que el 16 de diciembre de 2016, el Juzgado 9.º Municipal de Pequeñas Causas Laborales, ordenó a la demandada reintegrarlo a un cargo igual o de mejores condiciones al que venía desempeñando, tras tutelar de manera transitoria su derecho a la estabilidad laboral reforzada (f.º 554 - 618, cuad. n.º 2).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 3 de agosto de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 619, cuad. n.º 2).

TRANSPORTES AUTOLLANOS S.A., no se opuso a que se declarara la existencia de un contrato de trabajo. No obstante, si se opuso a las pretensiones restantes, con el argumento de que aún no había dictamen definitivo de pérdida de capacidad laboral. Sobre el reajuste de las prestaciones sociales invocada por el actor, indicó que había pagado el valor de las comisiones como gastos de representación, los cuales no eran constitutivos de factor salarial.

Propuso las excepciones de mala fe del demandante, buena fe del demandado, cobro de lo no debido, riesgo amparado por la A.R.L. La Equidad Seguros de Vida, riesgo amparado por el fondo de pensiones Colpensiones, y prescripción (f.º 762 - 778).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 16 de febrero de 2021, declaró ineficaz la terminación del contrato de trabajo del actor; ordenó el reintegro a un cargo compatible con su discapacidad junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta la fecha de su reubicación debidamente indexados; al pago de las cotizaciones a pensión, previa elaboración del cálculo actuarial por parte del fondo de pensiones que correspondiera, conforme a lo preceptuado en los artículos 13, 22, y 23 de la Ley 100 de 1993, y aclaró que debía tenerse en cuenta el salario de \$1.000.000; condenó a la demandada al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y la condenó en costas.

Consideró, que los problemas jurídicos a resolver consistían en determinar, si entre las partes existió una relación laboral entre el 18 de julio de 2013 y el 22 de noviembre de 2016; si se configuró el fenómeno de estabilidad laboral reforzada; si procedía el reintegro del

demandante, como consecuencia del despido sin justa causa, y si debía accederse a la pretensión de reliquidación de las prestaciones y acreencias laborales solicitadas, teniendo en cuenta las comisiones recibidas por el actor.

Se refirió a lo dispuesto por la Corte Constitucional respecto de la estabilidad laboral reforzada, para concluir que si bien al actor a la fecha del despido no contaba con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, si se encontraba en estado de debilidad manifiesta, debido a los trastornos de depresión y ansiedad que presentó a lo largo de la relación laboral, hecho este que era plenamente conocido por la demandada, antes de la terminación de la relación laboral, como se pudo determinar con las pruebas arrimadas al proceso.

Indicó, que en sentencia SL - 1360 de 2018 la Honorable Corte Suprema de Justicia, determinó que el despido de un trabajador en estado de incapacidad se presume discriminatorio a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la justa causa alegada, y que ello no había acontecido en el presente caso, como quiera que la demandada afirmó que el contrato de trabajo del actor terminó por inconvenientes del demandante.

Sobre el acoso laboral, indicó que en sentencia SL - 3075 de 2019, la Corte estableció que para determinar si se está en presencia del mismo, y se genere la ineficacia del despido, se requiere que se acredite una conducta, por acción o por omisión; con carácter persistente y demostrable; que la misma se presente en el contexto de una relación laboral, y que exista la intención de generar miedo, intimidación, terror o angustia, causar un perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir a la renuncia del afectado, lo que no se probó en el presente caso, pues el actor únicamente se limitó a afirmar en el escrito de demanda que era víctima de acoso

laboral, sin aportar pruebas que así lo demostraran.

En cuanto a la reliquidación de las acreencias laborales con la inclusión del 3% de las comisiones por ventas recibidas por el actor, esgrimió, que si bien nuestro máximo órgano de cierre ha indicado que las mismas tienen connotación salarial, debía resaltarse que una persona que se encuentre en estado de debilidad manifiesta como el actor, por estar incapacitada, no podía hacerse acreedora de estos emolumentos toda vez que si las mismas se cuantificaban de acuerdo a las ventas que realizaba, lo cierto es, que no estaba llevando a cabo dicha actividad por las incapacidades generadas, por lo que absolvió a la demandada de esta pretensión.

Posteriormente, resolvió negar la pretensión del reconocimiento de perjuicios morales reclamados por el actor, tras indicar que la generación de estos depende de la existencia de un hecho, de un daño, y de un nexo de causalidad, lo cual no se demostró en el presente caso, así como tampoco la culpa patronal en la enfermedad del actor, como quiera que respecto de las patologías de salud que padece, se determinó que eran de origen laboral.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la decisión del juez en lo que respecta a la reliquidación de las prestaciones sociales, y la pretensión relacionada con los perjuicios derivados del daño a la salud y de carácter extra patrimonial.

Esgrimió, que durante los años 2013, 2014, 2015 y 2016, el demandante devengó no solo el valor relacionado con su salario básico, sino que además, devengó comisiones por ventas equivalentes

al 3% de su salario, y aclaró que nunca pretendió el reconocimiento de estas comisiones durante el lapso en que estuvo incapacitado el actor, esto es, a finales de 2016, sino de las que se causaron en vigencia de la relación laboral.

Dijo, que dentro del plenario se demostró la existencia de las comisiones, y agregó que a estas, conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se les puede restar su carácter salarial, y que la demandada, al actuar de mala fe, soslayó la naturaleza retributiva de las mismas para pagarle las prestaciones sociales al actor, la indemnización por despido sin justa causa, y los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

De otra parte, aseveró que la terminación del contrato de trabajo le generó al actor una serie de perjuicios de carácter inmaterial o extra patrimonial que fueron ignorados por el *a quo*, así como los hechos constitutivos de acoso laboral que insiste que existieron, y que ello, generaba la posibilidad de que se solicitara el reconocimiento de perjuicios de esta naturaleza.

Indicó, que con la documental arrimada al proceso consistente en las varias quejas que presentó el actor al inspector de trabajo, y las sanciones administrativas de carácter pecuniario que le fueron impuestas a la demandada, por ausencia de comité paritario de salud ocupacional, dan cuenta de la ocurrencia de los perjuicios generados al actor, como quiera que dichas situaciones le generaron al actor situaciones de angustia y desasosiego, como se evidencia con la historia clínica del actor, y las visitas a su psiquiatra donde le indicaba a este los inconvenientes que tenía con su empleador.

Agregó, que no se valoró en debida forma el testimonio rendido por la cónyuge del demandante, que dio cuenta de las profundas

desavenencias de carácter psicológico y psiquiátrico, que a nivel personal, de pareja y familiar padeció el actor, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato de trabajo del que fue objeto, y que los daños de carácter inmaterial han sido reconocidos en la jurisprudencia de los órganos de cierre, los cuales son distintos a la sanción prevista en la Ley 361 de 1997, la cual no resulta suficiente para la protección de la discapacidad a la que hizo referencia el *a quo*.

Finalmente, afirmó que el despido inconstitucional del actor no se repara de forma integral con la sanción referida, ni con el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir entre el despido y el reintegro, pues ello, únicamente cubre los perjuicios materiales, más no los inmateriales que se están reclamando.

LA PARTE DEMANDADA, solicitó que fuera revocada la decisión proferida por el *a quo*. Para tal efecto, solicitó que se tuviera en cuenta que mediante vía constitucional, el actor fue reintegrado y se le pagaron los salarios dejados de percibir, así como los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, por lo que no había lugar al reconocimiento de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como quiera que el actor ya se encuentra vinculado a la empresa.

Por otro lado, manifestó que las agencias en derecho fijadas en su contra, con fundamento en el acuerdo PSA n.º 1610554 de 5 de agosto de 2016, fueron demasiado excesivas, y que incluso eran más onerosas que la misma condena, por lo que no estaba de acuerdo con ellas.

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)** si las comisiones reclamadas por el actor son o no factores de salario para la liquidación de prestaciones sociales, y acreencias laborales; **ii)** si debió condenarse a la demandada al reconocimiento de daños y perjuicios inmateriales; **iii)** si la demandada debió ser condenada al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, teniendo en cuenta que efectuó el reintegro y pago de salarios ordenados por vía constitucional al actor, **iv)** y si la condena que le fue impuesta a la demanda, por concepto de costas y agencias en derecho fue excesivamente onerosa.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

1.1. DE LAS COMISIONES POR VENTAS

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que las comisiones son constitutivas de factor salarial por ser retributivas del servicio prestado. Así, en la reciente sentencia SL - 1005 de 2021, nuestro máximo órgano de cierre reiteró que, por regla general, *“las comisiones por ventas se generan por la efectiva prestación personal del servicio del trabajador en la gestión y materialización del respectivo negocio jurídico, independientemente de que el pago o recaudo se de con posterioridad a la finalización de la relación laboral.”*

En el presente caso, se tiene que el día 13 de julio de 2018, las partes suscribieron un contrato a término indefinido, en el que se consagró que el actor desempeñaría el cargo de ejecutivo comercial,

y que el salario que percibiría sería de \$1.000.000 (cuad. n.º 1, f.º 76). En la cláusula segunda de dicho contrato, se pactó lo siguiente:

«SEGUNDA: REMUNERACIÓN. EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios el salario indicado en el encabezado del presente documento, pagadero en las oportunidades también señaladas arriba. PARÁGRAFO PRIMERO: SALARIO ORDINARIO. Dentro del salario ordinario se encuentra incluida la remuneración de los descansos dominicales y festivos de que tratan los Capítulos I, II, y III del Título VII del C.S.T. De igual manera se aclara y se conviene que en los casos en que el trabajador devengue comisiones o cualquiera otra modalidad de salario variable, el 82.5% de dichos ingresos constituye remuneración de la labor realizada, y el 17.5% restante está destinado a remunerar el descanso los días dominicales y festivos de que tratan los Capítulos I y II del título VIII del C.S.T.» Y en el párrafo tercero, se lee lo siguiente: *«Las partes acuerdan que en los casos en que se les reconozcan a EL TRABAJADOR beneficios por concepto de alimentación, comunicaciones, alimentación o vivienda, transporte, vestuario, auxilios en dinero o en especie o bonificaciones ocasionales, se considerarán tales beneficios o reconocimientos como no salariales, y por tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales, ni para el pago de aportes a parafiscales y seguridad social, de conformidad con los Arts. 15 y 16 de la Ley 50/90, en concordancia con el artículo 17 de la 344/96».*

Igualmente, se observa que la demandada, durante la vigencia de la relación laboral, y de forma mensual le generaba al actor, unos documentos denominados *“DOCUMENTO EQUIVALENTE A FACTURA PERSONAS NATURALES Y/O RÉGIMEN SIMPLIFICADO DECRETO 522 ART 3 MARZO 7/03”*, en los que se indicaba que Transportes Autollanos le debía determinada suma por concepto de *“comisiones”*, los cuales fueron aportados por el demandante con su respectivo egreso de caja, y se encuentran debidamente firmados por él, como constancia de su recibo (Cuad n.º 1, f.º 240 - 380).

También, se evidencia que, en los comprobantes de pago de nómina generados al actor, la empresa no tenía en cuenta lo

correspondiente a las comisiones, pues únicamente indicaba que la suma reconocida al actor, de forma quincenal, comprendía el salario devengado, auxilio de transporte y horas extras (Cuad n.º 1, f.º 197 - 235).

De lo descrito, se evidencia que el *a quo* no apreció en debida forma la abultada prueba documental aportada al proceso, toda vez que aún cuando en el contrato de trabajo se pactó que las comisiones que devengara el actor hacían parte de la remuneración de la labor realizada, y no hay duda de que el demandante recibió un pago mensual por dicho concepto, lo cierto es, que desconoció el hecho de que el empleador, al omitir el pago de las comisiones como factor salarial al actor, menoscabó en términos económicos la cuantía de las prestaciones que realmente le correspondía, pues en ningún momento la empresa incluyó en el pago del salario del actor las comisiones que este percibió, así como tampoco lo hizo en la liquidación del contrato de trabajo.

En este orden, accederá esta sala a la reliquidación de las prestaciones sociales y acreencias laborales deprecada por el actor, teniendo como factor salarial el valor de las comisiones que recibió a lo largo de la relación laboral.

Resulta necesario precisar, que como la demanda se presentó el día 6 de abril de 2017, y el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en 3 años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, no podrán tenerse en cuenta para efectos de realizar el cálculo de la reliquidación de las prestaciones sociales, las comisiones causadas con anterioridad al 6 de abril de 2014, de la siguiente manera:

COMISIONES PERCIBIDAS POR EL ACTOR				
Periodo	Valor	Folio	Promedio semestral	Promedio anual
sept-13	\$ 86.030,00	236		
oct-13	\$ 147.700,00	237		
nov-13	\$ 77.301,00	240		
dic-13	\$ 72.000,00	243	\$ 95.757,75	
ene-14	\$ 41.310,00	246		
feb-14	\$ 311.200,00	249		
mar-14	\$ 205.000,00	254		
abr-14	\$ 282.632,00	258		
may-14	\$ 274.124,00	263		
jun-14	\$ 0,00		\$ 185.711,00	
jul-14	\$ 741.686,00	264, 265		
ago-14	\$ 289.164,00	272		
sept-14	\$ 246.027,00	278		
oct-14	\$ 238.815,00	284		
nov-14	\$ 0,00			
dic-14	\$ 263.500,00	285	\$ 296.532,00	\$ 241.121,50
ene-15	\$ 295.150,00	291		
feb-15	\$ 271.500,00	297		
mar-15	\$ 345.748,00	303		
abr-15	\$ 206.000,00	309		
may-15	\$ 332.098,00	309		
jun-15	\$ 269.921,00	317	\$ 286.736,17	
jul-15	\$ 288.000,00	321		
ago-15	\$ 0,00			
sept-15	\$ 600.134,00	327		
oct-15	\$ 0,00			
nov-15	\$ 630.454,00	333		
dic-15	\$ 240.249,00	349	\$ 293.139,50	\$ 289.937,83
ene-16	\$ 290.582,00	354		
feb-16	\$ 307.793,00	360		
mar-16				
abr-16	\$ 193.500,00	369		
may-16	\$ 297.844,00	373		
jun-16	\$ 313.311,00	375	\$ 280.606,00	

TABLA DE LIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS				
Año	Formula	Salarios	Días Laborados por periodo	Valor de las Cesantías
2013	Salarios X días laborados	\$95.757,75	163	\$ 43.356,98
	360			
2014	Salarios X días laborados	\$241.121,50	360	\$ 241.121,50
	360			
2015	Salarios X días laborados	\$293.139,50	360	\$ 293.139,50
	360			
2016	Salarios X días laborados	\$280.606,00	321	\$ 250.207,02
	360			
Valor de las cesantías				\$ 827.825,00

TABLA DE LIQUIDACIÓN INTERESES A LAS CESANTÍAS (PRESCRIPCIÓN)				
Año	Formula	Valor cesantías	Días Laborados por periodo	Valor de los intereses a las Cesantías
2014	Cesantías X días laborados	\$ 241.121,50	265	\$ 21.299,07
	265			
2015	Cesantías X días laborados x 12%	\$293.139,50	360	\$ 35.176,74
	360			
2016	Salarios X días laborados	\$ 250.207,02	321	\$ 26.772,15
	360			
Valor de los intereses a las cesantías				\$ 83.247,96

TABLA DE LIQUIDACIÓN DE PRIMAS (PRESCRIPCIÓN)				
Año	Formula	Salarios	Días Laborados por periodo	Valor de las Cesantías
2014	Salarios X días laborados	\$ 241.121,50	265	\$ 177.492,22
	360			
2015	Salarios X días laborados	\$ 293.139,50	360	\$ 293.139,50
	360			
2016	Salarios X días laborados	\$ 280.606,00	321	\$ 250.207,02
	360			
Valor de las Primas				\$ 720.838,73

RESUMEN LIQUIDACIÓN SOBRE COMISIONES	
Cesantías	\$ 827.825,00
Intereses a las cesantías	\$ 83.247,96
Primas de Servicio	\$ 720.838,73
TOTAL	\$ 1.631.911,69

Así las cosas, al efectuar las operaciones aritméticas de rigor, se tiene que la reliquidación de las prestaciones del actor, teniendo en cuenta el valor de las comisiones asciende a la suma de \$1.631.911, por lo que se **condenará** a la demandada a reconocer dicho valor.

2.2. DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES

En sentencia SL - 3203 de 2016, la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aclaró que es posible resarcir los daños morales que se llegaren a causar con ocasión a la decisión injustificada de un empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, pero que para ello es *«indispensable que se pruebe que el despido se configuró ante una actuación reprochable de este último, que tenía por objeto lesionar al trabajador, o que le originó un grave detrimento no patrimonial»*. Lo anterior, por cuanto el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, permite que hechos que puedan dar origen a un daño moral sean indemnizados.

Es menester precisar, que el acto despido por si mismo no tiene la virtualidad de afectar moralmente al actor, a menos de que el mismo este asociado a conductas del empleador que le hayan generado un verdadero menoscabo sobre dicho aspecto, y que hayan

consistido en actuaciones graves que le ocasionaron un real daño de índole moral capaz de afectar su honra o su buen nombre.

Ahora bien, en el presente caso indica la recurrente que las documentales arrimadas al proceso, como lo son las varias quejas presentadas por el actor ante el Ministerio del Trabajo y las sanciones impuestas por dicha autoridad a Transportes Autollanos S.A., dan cuenta de los daños morales que la demandada le ocasionó al actor.

No obstante, no comparte esta Sala dicha apreciación, pues si bien el actor presentó una queja ante el Ministerio del Trabajo el día 7 de julio de 2015, en donde alegó que la demandada incurría en conductas de acoso laboral, además de no contar con un Comité de Convivencia (Cuad. n.º 1, f.º 97 - 101), y otra de fecha de 21 de diciembre de 2015, en la cual solicitó que se realizara una visita a Transportes Autollanos S.A., para corroborar dicha situación (Cuad n.º 1, f.º 142), y que la entidad mediante Resolución n.º 001419 de 2016, sancionó a la demandada con una multa pecuniaria de \$92.652.500, tras considerar que la empresa incumplía con los requisitos en la formación del comité de convivencia, debido a que la misma no se realizaba con apego a lo dispuesto en la Resolución n.º 652 de 2012 (Cuad. n.º 1, f.º 143 - 147), lo cierto es, que no puede decirse que esta situación tuvo por objeto lesionar únicamente al demandante, y mucho menos, que le haya generado un detrimento no patrimonial, pues si bien la empresa incurrió en una omisión, la misma fue subsanada con la multa que le fue impuesta.

Y aún cuando la testigo Carmen Campos Barbosa, cónyuge del actor, manifestó que el actor presentó afectaciones a nivel psicológico y psiquiátrico, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato de trabajo, debe decirse que dicho testimonio no clarificó si la demandada incurrió en conductas reprochables con el objeto de

lesionar al trabajador, ni prueba por si mismo los daños de orden inmaterial que alega el actor, pues para acceder al resarcimiento de perjuicios inmateriales, además de tenerse en cuenta la afectación del fuero interno del trabajador, deben tenerse en cuenta los aspectos mencionados.

Así las cosas, ante la orfandad probatoria sobre la existencia de los daños inmateriales, no le queda otro camino a esta sala que **CONFIRMAR** la sentencia apelada sobre este aspecto.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

1.1. DE LA SANCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 361 DE 1997.

Al sustentar su recurso de apelación, la parte demandada solicitó que se revocara la condena consistente en el reconocimiento de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como quiera que ya se había efectuado el reintegro del demandante, y el reconocimiento de los salarios y prestaciones que dejó de percibir, así como de los aportes al Sistema de Seguridad Social.

En sentencia SL-1318 de 2018, nuestro máximo órgano de cierre, al referirse al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indicó que se trata de un precepto que no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que sanciona que dicho acto este precedido de un criterio discriminatorio, como lo sería la limitación biológica, fisiológica o psíquica que padezca el trabajador. Ello implica que la invocación de una justa causa legal por parte del empleador, excluya que la ruptura de la relación laboral se haya basado en la discapacidad del trabajador, escenario este en el cual

no es necesario acudir al inspector del trabajo, pues con la alegación de la justa causa se enerva la presunción discriminatoria. En dicha oportunidad, la Corte aclaró lo siguiente:

*“Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) **y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.**”* (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

De lo anterior, se colige que cuando un despido se reputa ineficaz por haber sido discriminatorio, al empleador le corresponde reconocer no solo los salarios y prestaciones dejados de percibir por el trabajador, sino también la sanción de 180 días de salario, pues esta tiene como propósito, precisamente disuadir al empleador de incurrir en este tipo de despidos, y sería ilógico entonces no imponerla por el motivo de que el empleador efectuó el reintegro, como lo pretende el recurrente, máxime cuando el *a quo* determinó que hubo un despido discriminatorio, y ello no fue motivo de apelación por parte de Transportes Autollanos S.A. Así, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada sobre este tópico.

1.2. DE LA CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Sostuvo la parte demandada, que las agencias en derecho fijadas en su contra, con fundamento en el acuerdo PSA n.º 1610554 de 5 de agosto de 2016, fueron demasiado excesivas, e incluso mas onerosas que la condena que le fue impuesta.

Sobre ello, resulta necesario aclarar que el numeral 5.º del artículo 366 del Código General del Proceso, dispone que «*la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*», por lo que esta Sala se encuentra inhabilitada para pronunciarse al respecto, como quiera que este no es el momento procesal oportuno para tal efecto.

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: CONDENAR a la demandada al **RECONOCIMIENTO** y **PAGO** de la reliquidación de las prestaciones sociales y acreencias laborales deprecada por el actor, teniendo como factor salarial las comisiones que percibió a lo largo de la relación laboral por el valor de **UN MILLÓN SEISCIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS (1.631.911)**, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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 **BELISARIO SÁNCHEZ HERRERA** contra **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 018 2019 00444 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre 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 21 de enero de 2021, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que tiene derecho a que Protección S.A., ordene la indexación de las mesadas pensionales que

le fueron reconocidas, desde el 27 de febrero de 2003 hasta el 31 de marzo de 2019. En consecuencia, que se condenara a Protección S.A. a pagarle la diferencia que se generara por concepto de indexación de las mesadas pensionales generadas por el lapso referido, y a las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que durante su vida laboral estuvo afiliado a A.F.P Protección S.A., en donde cotizó un total de 153.14 semanas; que mediante dictamen n.º 181767 de 28 de septiembre de 2018, dicha A.F.P. determinó que presentaba una pérdida de capacidad laboral de 77.1%, con fecha de estructuración de 27 de febrero de 2003; que el 29 de enero de 2019, solicitó el pago y reconocimiento de una pensión de invalidez, y que el 20 de marzo de la misma anualidad, Protección S.A., reconoció el pago de dicha prestación a partir del 27 de febrero de 2003, hasta el 28 de febrero de 2019.

Sostuvo, que la A.F.P. lo incluyó en nómina de pensionados en abril de 2019, omitiendo así el pago del retroactivo causado entre el 27 de febrero de 2003 y el 30 de marzo de 2019, y que el 13 de junio de 2019, Protección S.A., le canceló el retroactivo pensional por dicho periodo, pero sin la debida indexación de las mesadas pensionales (f.º 3 - 13).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de septiembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 94).

PROTECCIÓN S.A., arguyó que no le adeudaba valor alguno al actor, como quiera que el 12 de junio de 2019 efectuó el pago del valor del retroactivo pensional que le correspondía. Alegó en su favor, las excepciones de cobro de lo no debido y prescripción (f.º 107 - 110).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 21 de enero de 2021, reconoció en favor del actor, la indexación de las mesadas pensionales, causadas y reconocidas desde el 29 de enero de 2016 hasta el 31 de marzo de 2019, en una única cuantía de \$2.183.818; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a la demandada.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si el demandante, tenía o no derecho al reconocimiento de la diferencia que se generaba por la indexación de las mesadas pensionales generadas entre el 27 de febrero de 2003, y el 31 de marzo de 2019.

Indicó, que el 20 de marzo de 2019, Protección S.A., le reconoció al actor una pensión de invalidez, desde el 27 de febrero de 2003 (fecha de estructuración de la invalidez), hasta el 28 de febrero de 2019, y la suma de \$120.696.795, correspondiente al valor del retroactivo causado por dicho periodo, pero que posteriormente la demandada, en comunicación de 22 de mayo de 2019, le comunicó al demandante que se debía realizar un ajuste al retroactivo, debido a que el mismo debía ser reconocido hasta marzo de 2019, y que principios de junio procedería a efectuar el pago.

Estimó, que el pago efectuado por la demandada el 6 de junio de 2019, correspondiente al valor del retroactivo causado hasta marzo de 2019, no comprendía la indexación deprecada, y que debía tenerse en cuenta que la corrección monetaria procedía como una solución jurídica para el pago actualizado de las obligaciones monetarias, pues se trataba de emolumentos que por el transcurso del tiempo, sin lugar a duda había sufrido el efecto notorio de la depreciación de la moneda colombiana, y que la pérdida de capacidad de poder adquisitivo no

podía ser trasladada al pensionado, ni a sus dependientes.

Sobre la prescripción, esgrimió que si bien la indexación reclamada recaía sobre el derecho pensional, que legal y constitucionalmente se ha considerado como imprescriptible e irrenunciable, ello no quería decir que las mesadas causadas, y por ende la indexación de aquellas que no se reclamaron en tiempo no hubiesen prescrito.

Explicó, que el hecho de que la entidad accionada haya reconocido el derecho al actor, desde el 27 de febrero de 2003, no llevaba implícito el reconocimiento de la indexación de las mesadas otorgadas para esa data, como quiera que la solicitud de reconocimiento pensional se elevó el 29 de enero de 2019, por lo que las mesadas causadas con anterioridad al 29 de enero de 2016, se encontraban prescritas, pues no se advirtió que se hubiese elevado reclamación precedente con dicho objetivo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación respecto de la decisión de la *a quo*, de aplicar la prescripción sobre las mesadas pensionales generadas desde el año 2003.

Indicó, que mediante dictamen de 28 de septiembre de 2018, fue la demandada quien determinó la pérdida de capacidad laboral del actor, lo que conllevó a que el 29 de enero de 2019, se solicitara el reconocimiento de la prestación, y que ello, denotaba que entre el momento en que se tuvo certeza de la invalidez y el momento en que se reclamó la pensión, no había transcurrido si quiera un año, por lo que no había operado tampoco el fenómeno prescriptivo.

Se refirió a lo dispuesto en sentencia SL - 5703 de 2015, para esgrimir que es a partir del momento en que la autoridad competente emite la calificación correspondiente, y aquella adquiere firmeza, que existe la posibilidad no solo de reclamar el derecho pensional en los términos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sino de contabilizar el término trienal encaminado a la consideración del efecto distintivo de la prescripción.

Así, concluyó que en el presente caso el fenómeno prescriptivo no ha operado, por cuanto el dictamen se emitió el 28 de septiembre de 2018, el cual conllevó a que el día 29 de enero se solicitara la prestación, y que al 20 de marzo de 2019, la demandada la reconociera desde la fecha de estructuración de invalidez, de lo que se podía concluir que no transcurrieron los 3 años para solicitar la prestación.

Por su parte, la apoderada de la parte **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación respecto de la condena de la indexación de las mesadas pensionales que no prescribieron.

Arguyó, que la norma indica que al momento de determinarse la estructuración de una invalidez, y que procede el reconocimiento pensional respectivo, este debe reconocerse de forma retroactiva, esto es, desde el momento en que se determina la fecha de estructuración de dicha invalidez.

Dijo, que no existía norma que determinara que las mesadas pensionales retroactivas deban ser indexadas, y que la sentencia que citó el apoderado del demandante hacía referencia a la indexación de mesadas que no han sido canceladas a tiempo, mientras que la que citó la *a quo*, hacía referencia a la indexación de una deuda.

Indicó, que la fecha de estructuración de la invalidez del actor, se dio en febrero de 2003, y que solo 16 años después solicitó que se le

efectuara una calificación, pues dentro del expediente no obraban pruebas que dieran cuenta de dictámenes de pérdida de capacidad laboral anteriores, por lo que ahora no podía pretender que se le reconociera un retroactivo pensional.

Finalmente, agregó que en caso de que se determinara que si procede la indexación pensional, se confirmara la configuración de la prescripción, pero reitero que a su juicio la indexación no procedía como quiera que esta solamente se da cuando existe una dilación injustificada, o una mora de la A.F.P. en el reconocimiento pensional.

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 el demandante tiene derecho a la indexación del retroactivo pensional que le fue reconocido por la demandada, **ii)** y si operó el fenómeno de la prescripción.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que **i)** el actor cotizó un total de 153.14 semanas en Protección S.A., como se desprende de la historia laboral obrante de f.º 15 a 16; **ii)** que el 26 de septiembre de 2018, la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., determinó que su porcentaje de pérdida de capacidad laboral era de 77.1%, con fecha de 27 de febrero de 2003 (f.º 17 - 23 y f.º 112 - 121); **iii)** que el 29 de enero de 2019, solicitó el reconocimiento de una pensión de invalidez (f.º 122 - 124); **iv)** que el 20 de marzo de 2019, Protección S.A., le

reconoció al actor la pensión de invalidez, y el retroactivo causado entre el 27 de febrero de 2003 y el 28 de febrero de 2019, por un valor de \$120.696.795 (f.º 24 - 25 y f.º 125 - 129); **v)** que el 22 de mayo de 2019, Protección S.A., le comunicó al actor, que el retroactivo que le fue reconocido, requería de una ajuste por cuanto el mismo debió autorizarse hasta marzo de 2019 (f.º 139); **vi)** y que el 12 de junio de 2016, dicha A.F.P. efectuó el reconocimiento del retroactivo por un valor de \$108.983.111 (f.º 141).

DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

1.1. DE LA INDEXACIÓN DEL RETROACTIVO PENSIONAL.

En sentencia SL-5180 de 2020, nuestro máximo órgano de cierre señaló que la figura de la indexación de un retroactivo pensional busca remediar la depreciación económica generada por el tiempo que ha transcurrido entre el momento en que la persona debió acceder al derecho pensional, y aquel en que efectivamente se dio su pago.

Igualmente, en las providencias SL5045-2018, SL2353-2020, SL1931-2021 y SL - 5222-2021, señaló que la razón de ser de la indexación es actualizar las mesadas pensionales, que una vez se hicieron exigibles, no fueron reconocidas oportunamente, y así *«se remedie la depreciación económica que aquellas sufrieron en el tiempo transcurrido entre la data de tal incumplimiento y la fecha efectiva del pago»*. Lo anterior, guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual dispuso que con el objeto de que las pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes reconocidas en ambos regímenes pensionales mantengan su poder adquisitivo constante deben ser reajustadas anualmente, de oficio, el 1.º de enero de cada año, teniéndose en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor, pues lo propio, se busca con la indexación pero respecto de aquellas prestaciones que no fueron otorgadas oportunamente,

como la del presente caso, para así enmendar la depreciación económica que naturalmente debieron sufrir.

De otra parte, el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, establece que la pensión de invalidez debe ser reconocida y pagada en forma retroactiva, a partir de la fecha de estructuración de la invalidez.

En el presente caso, se tiene que Protección S.A., efectuó el reconocimiento del retroactivo causado entre el 27 de febrero de 2003 y el 31 de marzo de 2019, por la suma de \$108.983.111.00, valor respecto del cual se pudo constatar, al efectuar las operaciones aritméticas de rigor, que no contempló la indexación de las mesadas pensionales deprecadas por el actor.

En este orden, considera esta sala que no incurrió en yerro alguno la *a quo*, al determinar la procedencia de la corrección monetaria o actualización de los dineros adeudados por cada mesada impagada por parte de la demandada al actor. No obstante, si se equivocó al determinar que la indexación de las mesadas pensionales debía reconocerse a partir del 29 de enero de 2016, debido a que operó la prescripción, y no desde la fecha en que se estructuró la invalidez (27 de febrero de 2003), ello teniendo en cuenta las particularidades del fenómeno prescriptivo cuando de la reclamación de la pensión de invalidez se trata, las cuales procederán a explicarse, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Por este motivo, habrá de **modificarse** la sentencia apelada sobre este tópico.

DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

1.2. DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.

Ha de recordarse, que en la pensión de invalidez, la prescripción inicia a correr desde la fecha en que al afiliado se le ha dictaminado que

tiene una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, de manera que, solo a partir de la configuración de dicha situación empieza a correr el término trienal frente a las mesadas que se hubieren llegado a causar. Así lo determinó nuestro máximo órgano de cierre, en la reciente sentencia SL - 2652 de 2021, que reiteró la SL - 1562 de 2019.

En dicha oportunidad, la Sala de Casación Laboral explicó que cuando se trata de una pensión de invalidez, esta prestación solo puede reclamarse una vez que el afiliado tiene certeza sobre su condición, lo cual ocurre cuando es notificado del dictamen de calificación, ya que es a partir de ese momento que hay certeza sobre si la pérdida de capacidad laboral es igual o superior al 50%, y desde ahí se hace exigible su reconocimiento. En sentencia SL - 1562 de 2019, se aclaró:

“Así pues, en sentencia CSJ SL 5703- 2015 (que reiteró las decisiones CSJ SL, del 17 de oct. de 2008, rad. 28821 y CSJ SL, del 6 de jul. de 2011, rad. 39867, CSJ SL, del 3 de ag. de 2010, rad. 36131), se precisó que aunque el hecho dañoso que ocasionaba la pérdida de capacidad del afiliado se hubiese fijado de forma retroactiva y no concurrente con el momento de la emisión del dictamen de calificación, ello no significaba que la exigibilidad de la prestación pensional naciese desde la estructuración del estado de invalidez, pues en últimas, es a partir de la firmeza del diagnóstico por parte de la correspondiente autoridad médica que el padecimiento alegado adquiría la connotación de un hecho determinado, cierto y exigible, y, por ende, producía efectos jurídicos en lo que se refería a las prestaciones sociales que de su ocurrencia emanaban.

Vistas así las cosas, en esta oportunidad debe reiterarse que es a partir del momento que la autoridad competente emite la calificación correspondiente y aquella alcanza firmeza, que existe posibilidad no solo de reclamar el derecho pensional, en los términos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sino de contabilizar el término trienal encaminado a la consolidación del efecto extintivo de prescripción, pues no es lógico, pese a lo indicado por el recurrente, que si el derecho pensional no ha nacido a la vida jurídica, se alegue su declive por prescripción.” (Subrayas fuera del texto)

Ahora bien, como en el presente caso se tiene que el dictamen de pérdida de capacidad laboral que definió el estado de invalidez del actor, fue del 26 de septiembre de 2018 (f.º 17 - 23 y f.º 112 - 121); que este elevó la solicitud pensional a la demandada, el día 29 de enero de 2019 (f.º 122 - 124), y que la demanda fue instaurada el día 27 de junio de 2019 (f.º 80), es claro que no se configuró la prescripción en los términos establecidos en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dada las particularidades que dicho fenómeno presenta, ya descritas con antelación, cuando se trata del reconocimiento de una pensión de invalidez.

De manera que, incurrió en yerro la *a quo* al declarar parcialmente probada la excepción de prescripción, teniendo como fecha para su contabilización, aquella en que el actor elevó la solicitud de reconocimiento pensional (29 de enero de 2019), y con base en ello determinar que la demandada debía reconocer al actor la indexación de las mesadas pensionales, causadas y reconocidas desde el 29 de enero de 2016 hasta el 31 de marzo de 2019, pues conforme con lo dicho por nuestro máximo órgano de cierre la prescripción inicia a correr desde la fecha en que el afiliado se ha dictaminado que tiene una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, hecho que en el presente caso, sucedió el día 26 de septiembre de 2018 (f.º 17 - 23 y f.º 112 - 121).

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que la entidad demandada no desconoció el pago de las mesadas pensionales al actor, causadas desde el 27 de febrero de 2003 hasta marzo de 2019, como quiera que el día 12 de junio de 2019, efectuó el pago por dicho concepto por un valor de \$108.983.111 (f.º 141), sino que lo que omitió fue el pago de dicho valor debidamente indexado, que es precisamente lo que al actor solicita en el presente proceso, petición esta a la que la Sala accederá,

conforme con los lineamientos jurisprudenciales citados con antelación.

En este sentido, habrá de **revocarse** los numerales primero y segundo de la sentencia apelada, para en su lugar **condenar** a Protección S.A., a reconocerle y pagarle al actor, la indexación del retroactivo pensional causado entre el 27 de febrero de 2003 y el 31 de marzo de 2019, valor este que asciende a la suma de \$40.845.776.03, de acuerdo con las operaciones aritméticas de rigor efectuadas por la Sala, que se anexan a la presente providencia para un mejor entendimiento de esta, y para **declarar** no probada la excepción de prescripción.

Finalmente, se aclara que se **adicionará** la sentencia recurrida en el sentido de **autorizar** a Protección S.A., a efectuar los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, del retroactivo pensional causado a favor de la demandante, según lo expuesto en las consideraciones anteriores.

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 los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 21 de enero de 2021, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a reconocerle y pagarle al actor la indexación de las mesadas pensionales causadas entre el 27 de febrero de 2003 y el 31 de marzo de 2019, valor este que asciende a la suma de **CUARENTA**

MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRES PESOS (\$40.845.776.03), de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

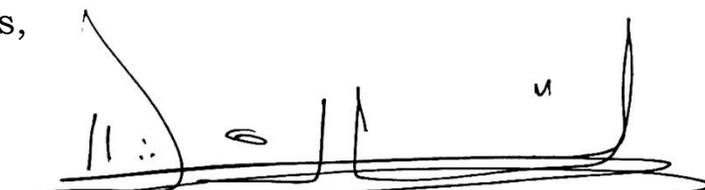
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de **AUTORIZAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a efectuar los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, del retroactivo pensional causado a favor de la demandante, según lo expuesto en las consideraciones anteriores.

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

Proceso	018 2019 00444 01
Demandante	BELISARIO SÁNCHEZ HERRERA
Demandado	A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

Periodo	Valor mesada pensional	IPC Inicial	IPC Final	Valor de la indexación
feb-03	\$ 44.266,67	50,98	101,18	\$ 43.589,38
mar-03	\$ 332.000,00	51,51	101,18	\$ 320.140,56
abr-03	\$ 332.000,00	52,1	101,18	\$ 312.755,47
may-03	\$ 332.000,00	52,36	101,18	\$ 309.553,86
jun-03	\$ 664.000,00	52,33	101,18	\$ 619.843,30
jul-03	\$ 332.000,00	52,26	101,18	\$ 310.781,48
ago-03	\$ 332.000,00	52,42	101,18	\$ 308.819,53
sep-03	\$ 332.000,00	52,53	101,18	\$ 307.477,63
oct-03	\$ 332.000,00	52,56	101,18	\$ 307.112,63
nov-03	\$ 664.000,00	52,75	101,18	\$ 609.621,23
dic-03	\$ 332.000,00	53,07	101,18	\$ 300.970,79
ene-04	\$ 358.000,00	53,54	101,18	\$ 318.549,12
feb-04	\$ 358.000,00	54,18	101,18	\$ 310.557,40
mar-04	\$ 358.000,00	54,71	101,18	\$ 304.080,79
abr-04	\$ 358.000,00	54,96	101,18	\$ 301.069,14
may-04	\$ 358.000,00	55,17	101,18	\$ 298.560,45
jun-04	\$ 716.000,00	55,51	101,18	\$ 589.078,00
jul-04	\$ 358.000,00	55,49	101,18	\$ 294.774,19
ago-04	\$ 358.000,00	55,51	101,18	\$ 294.539,00
sep-04	\$ 358.000,00	55,67	101,18	\$ 292.663,55
oct-04	\$ 358.000,00	55,66	101,18	\$ 292.780,45
nov-04	\$ 716.000,00	55,82	101,18	\$ 581.830,17
dic-04	\$ 358.000,00	55,99	101,18	\$ 288.944,81
ene-05	\$ 381.500,00	56,45	101,18	\$ 302.293,98
feb-05	\$ 381.500,00	57,02	101,18	\$ 295.458,44
mar-05	\$ 381.500,00	57,46	101,18	\$ 290.274,63
abr-05	\$ 381.500,00	57,72	101,18	\$ 287.248,61
may-05	\$ 381.500,00	57,95	101,18	\$ 284.594,39
jun-05	\$ 763.000,00	58,18	101,18	\$ 563.922,31
jul-05	\$ 381.500,00	58,21	101,18	\$ 281.619,22
ago-05	\$ 381.500,00	58,21	101,18	\$ 281.619,22
sep-05	\$ 381.500,00	58,46	101,18	\$ 278.783,44
oct-05	\$ 381.500,00	58,6	101,18	\$ 277.205,97
nov-05	\$ 763.000,00	58,66	101,18	\$ 553.064,44
dic-05	\$ 381.500,00	58,7	101,18	\$ 276.083,82
ene-06	\$ 408.000,00	59,02	101,18	\$ 291.448,32
feb-06	\$ 408.000,00	59,41	101,18	\$ 286.856,76

mar-06	\$ 408.000,00	59,83	101,18	\$ 281.978,94
abr-06	\$ 408.000,00	60,09	101,18	\$ 278.993,51
may-06	\$ 408.000,00	60,29	101,18	\$ 276.714,55
jun-06	\$ 816.000,00	60,48	101,18	\$ 549.126,98
jul-06	\$ 408.000,00	60,73	101,18	\$ 271.753,66
ago-06	\$ 408.000,00	60,96	101,18	\$ 269.188,98
sep-06	\$ 408.000,00	61,14	101,18	\$ 267.195,29
oct-06	\$ 408.000,00	61,05	101,18	\$ 268.190,66
nov-06	\$ 816.000,00	61,19	101,18	\$ 533.287,14
dic-06	\$ 408.000,00	61,33	101,18	\$ 265.103,54
ene-07	\$ 433.700,00	61,8	101,18	\$ 276.360,94
feb-07	\$ 433.700,00	62,53	101,18	\$ 268.071,41
mar-07	\$ 433.700,00	63,29	101,18	\$ 259.644,38
abr-07	\$ 433.700,00	63,85	101,18	\$ 253.563,37
may-07	\$ 433.700,00	64,05	101,18	\$ 251.417,35
jun-07	\$ 867.400,00	64,12	101,18	\$ 501.338,80
jul-07	\$ 433.700,00	64,23	101,18	\$ 249.497,35
ago-07	\$ 433.700,00	64,14	101,18	\$ 250.456,00
sep-07	\$ 433.700,00	64,2	101,18	\$ 249.816,60
oct-07	\$ 433.700,00	64,2	101,18	\$ 249.816,60
nov-07	\$ 867.400,00	64,51	101,18	\$ 493.063,99
dic-07	\$ 433.700,00	64,82	101,18	\$ 243.278,80
ene-08	\$ 461.500,00	65,51	101,18	\$ 251.285,38
feb-08	\$ 461.500,00	66,5	101,18	\$ 240.673,98
mar-08	\$ 461.500,00	67,04	101,18	\$ 235.018,05
abr-08	\$ 461.500,00	67,51	101,18	\$ 230.168,94
may-08	\$ 461.500,00	68,14	101,18	\$ 223.773,99
jun-08	\$ 923.000,00	68,73	101,18	\$ 435.782,77
jul-08	\$ 461.500,00	69,06	101,18	\$ 214.644,95
ago-08	\$ 461.500,00	69,19	101,18	\$ 213.374,55
sep-08	\$ 461.500,00	69,06	101,18	\$ 214.644,95
oct-08	\$ 461.500,00	69,3	101,18	\$ 212.303,32
nov-08	\$ 923.000,00	69,49	101,18	\$ 420.922,00
dic-08	\$ 461.500,00	69,8	101,18	\$ 207.476,65
ene-09	\$ 496.900,00	70,21	101,18	\$ 219.185,20
feb-09	\$ 496.900,00	70,8	101,18	\$ 213.217,82
mar-09	\$ 496.900,00	71,15	101,18	\$ 209.724,62
abr-09	\$ 496.900,00	71,38	101,18	\$ 207.447,74
may-09	\$ 496.900,00	71,39	101,18	\$ 207.349,08
jun-09	\$ 993.800,00	71,35	101,18	\$ 415.487,79
jul-09	\$ 496.900,00	71,32	101,18	\$ 208.040,30
ago-09	\$ 496.900,00	71,35	101,18	\$ 207.743,90
sep-09	\$ 496.900,00	71,28	101,18	\$ 208.435,89
oct-09	\$ 496.900,00	71,19	101,18	\$ 209.327,59

nov-09	\$ 993.800,00	71,14	101,18	\$ 419.647,91
dic-09	\$ 496.900,00	71,2	101,18	\$ 209.228,40
ene-10	\$ 515.000,00	71,69	101,18	\$ 211.847,54
feb-10	\$ 515.000,00	72,28	101,18	\$ 205.914,50
mar-10	\$ 515.000,00	72,46	101,18	\$ 204.123,65
abr-10	\$ 515.000,00	72,79	101,18	\$ 200.863,44
may-10	\$ 515.000,00	72,87	101,18	\$ 200.077,54
jun-10	\$ 1.030.000,00	72,95	101,18	\$ 398.586,70
jul-10	\$ 515.000,00	72,92	101,18	\$ 199.587,22
ago-10	\$ 515.000,00	73	101,18	\$ 198.804,11
sep-10	\$ 515.000,00	72,9	101,18	\$ 199.783,26
oct-10	\$ 515.000,00	72,84	101,18	\$ 200.372,05
nov-10	\$ 1.030.000,00	72,98	101,18	\$ 397.999,45
dic-10	\$ 515.000,00	73,45	101,18	\$ 194.430,91
ene-11	\$ 535.600,00	74,12	101,18	\$ 195.538,80
feb-11	\$ 535.600,00	74,57	101,18	\$ 191.126,67
mar-11	\$ 535.600,00	74,77	101,18	\$ 189.182,77
abr-11	\$ 535.600,00	74,86	101,18	\$ 188.311,41
may-11	\$ 535.600,00	75,07	101,18	\$ 186.286,35
jun-11	\$ 1.071.200,00	75,31	101,18	\$ 367.971,64
jul-11	\$ 535.600,00	75,42	101,18	\$ 182.936,30
ago-11	\$ 535.600,00	75,39	101,18	\$ 183.222,23
sep-11	\$ 535.600,00	75,62	101,18	\$ 181.035,92
oct-11	\$ 535.600,00	75,77	101,18	\$ 179.617,21
nov-11	\$ 1.071.200,00	75,87	101,18	\$ 357.349,04
dic-11	\$ 535.600,00	76,19	101,18	\$ 175.674,55
ene-12	\$ 566.700,00	76,75	101,18	\$ 180.384,12
feb-12	\$ 566.700,00	77,22	101,18	\$ 175.836,99
mar-12	\$ 566.700,00	77,31	101,18	\$ 174.972,56
abr-12	\$ 566.700,00	77,42	101,18	\$ 173.918,78
may-12	\$ 566.700,00	77,66	101,18	\$ 171.629,98
jun-12	\$ 1.133.400,00	77,72	101,18	\$ 342.119,97
jul-12	\$ 566.700,00	77,7	101,18	\$ 171.249,88
ago-12	\$ 566.700,00	77,73	101,18	\$ 170.965,07
sep-12	\$ 566.700,00	77,96	101,18	\$ 168.788,79
oct-12	\$ 566.700,00	78,08	101,18	\$ 167.658,43
nov-12	\$ 1.133.400,00	77,98	101,18	\$ 337.200,31
dic-12	\$ 566.700,00	78,05	101,18	\$ 167.940,69
ene-13	\$ 589.500,00	78,28	101,18	\$ 172.452,10
feb-13	\$ 589.500,00	78,63	101,18	\$ 169.060,47
mar-13	\$ 589.500,00	78,79	101,18	\$ 167.520,05
abr-13	\$ 589.500,00	78,99	101,18	\$ 165.603,30
may-13	\$ 589.500,00	79,21	101,18	\$ 163.506,06
jun-13	\$ 1.179.000,00	79,39	101,18	\$ 323.597,56

jul-13	\$ 589.500,00	79,43	101,18	\$ 161.420,43
ago-13	\$ 589.500,00	79,5	101,18	\$ 160.759,25
sep-13	\$ 589.500,00	79,73	101,18	\$ 158.594,95
oct-13	\$ 589.500,00	79,52	101,18	\$ 160.570,55
nov-13	\$ 1.179.000,00	79,35	101,18	\$ 324.355,01
dic-13	\$ 589.500,00	79,56	101,18	\$ 160.193,44
ene-14	\$ 616.000,00	79,95	101,18	\$ 163.573,23
feb-14	\$ 616.000,00	80,45	101,18	\$ 158.728,15
mar-14	\$ 616.000,00	80,77	101,18	\$ 155.658,78
abr-14	\$ 616.000,00	81,14	101,18	\$ 152.140,00
may-14	\$ 616.000,00	81,53	101,18	\$ 148.465,60
jun-14	\$ 1.232.000,00	81,61	101,18	\$ 295.432,42
jul-14	\$ 616.000,00	81,73	101,18	\$ 146.594,89
ago-14	\$ 616.000,00	81,9	101,18	\$ 145.011,97
sep-14	\$ 616.000,00	82,01	101,18	\$ 143.991,22
oct-14	\$ 616.000,00	82,14	101,18	\$ 142.788,41
nov-14	\$ 1.232.000,00	82,25	101,18	\$ 283.547,23
dic-14	\$ 616.000,00	82,47	101,18	\$ 139.752,15
ene-15	\$ 644.350,00	83	101,18	\$ 141.135,94
feb-15	\$ 644.350,00	83,96	101,18	\$ 132.154,68
mar-15	\$ 644.350,00	84,45	101,18	\$ 127.649,21
abr-15	\$ 644.350,00	84,9	101,18	\$ 123.557,34
may-15	\$ 644.350,00	85,12	101,18	\$ 121.572,62
jun-15	\$ 1.288.700,00	85,21	101,18	\$ 241.527,27
jul-15	\$ 644.350,00	85,37	101,18	\$ 119.329,66
ago-15	\$ 644.350,00	85,78	101,18	\$ 115.679,53
sep-15	\$ 644.350,00	86,39	101,18	\$ 110.312,96
oct-15	\$ 644.350,00	86,98	101,18	\$ 105.193,95
nov-15	\$ 1.288.700,00	87,51	101,18	\$ 201.308,75
dic-15	\$ 644.350,00	88,05	101,18	\$ 96.085,35
ene-16	\$ 689.455,00	89,19	101,18	\$ 92.684,89
feb-16	\$ 689.455,00	90,33	101,18	\$ 82.813,98
mar-16	\$ 689.455,00	91,18	101,18	\$ 75.614,72
abr-16	\$ 689.455,00	91,63	101,18	\$ 71.857,42
may-16	\$ 689.455,00	92,1	101,18	\$ 67.972,33
jun-16	\$ 1.378.910,00	92,54	101,18	\$ 128.741,98
jul-16	\$ 689.455,00	93,02	101,18	\$ 60.481,11
ago-16	\$ 689.455,00	92,73	101,18	\$ 62.826,43
sep-16	\$ 689.455,00	92,68	101,18	\$ 63.232,28
oct-16	\$ 689.455,00	92,62	101,18	\$ 63.719,87
nov-16	\$ 1.378.910,00	92,73	101,18	\$ 125.652,86
dic-16	\$ 689.455,00	93,11	101,18	\$ 59.756,22
ene-17	\$ 737.717,00	94,07	101,18	\$ 55.758,14
feb-17	\$ 737.717,00	95,01	101,18	\$ 47.907,73

mar-17	\$ 737.717,00	95,46	101,18	\$ 44.204,29
abr-17	\$ 737.717,00	95,91	101,18	\$ 40.535,59
may-17	\$ 737.717,00	96,12	101,18	\$ 38.835,29
jun-17	\$ 1.475.434,00	96,23	101,18	\$ 75.895,23
jul-17	\$ 737.717,00	96,18	101,18	\$ 38.350,85
ago-17	\$ 737.717,00	96,32	101,18	\$ 37.222,85
sep-17	\$ 737.717,00	96,36	101,18	\$ 36.901,16
oct-17	\$ 737.717,00	96,37	101,18	\$ 36.820,78
nov-17	\$ 1.475.434,00	96,55	101,18	\$ 70.753,59
dic-17	\$ 737.717,00	96,92	101,18	\$ 32.425,45
ene-18	\$ 781.242,00	97,53	101,18	\$ 29.237,50
feb-18	\$ 781.242,00	98,22	101,18	\$ 23.543,84
mar-18	\$ 781.242,00	98,45	101,18	\$ 21.663,69
abr-18	\$ 781.242,00	98,91	101,18	\$ 17.929,63
may-18	\$ 781.242,00	99,16	101,18	\$ 15.914,77
jun-18	\$ 1.562.484,00	99,31	101,18	\$ 29.421,46
jul-18	\$ 781.242,00	99,18	101,18	\$ 15.754,02
ago-18	\$ 781.242,00	99,3	101,18	\$ 14.790,89
sep-18	\$ 781.242,00	99,47	101,18	\$ 13.430,42
oct-18	\$ 781.242,00	99,59	101,18	\$ 12.472,89
nov-18	\$ 1.562.484,00	99,7	101,18	\$ 23.194,35
dic-18	\$ 781.242,00	100	101,18	\$ 9.218,66
ene-19	\$ 828.116,00	100,6	101,18	\$ 4.774,43
feb-19	\$ 828.116,00	101,18	101,18	\$ 0,00
Valor de la Indexación de retroactivo				\$ 40.845.776,03

Valor de la indexación del retroactivo	\$ 40.845.776,03
---	-------------------------



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOHAN JULIAN HERNANDEZ BAQUERO** contra **XELATEM LTDA, NELLY RÁNGEL HERNÁNDEZ, VICTOR ALEXANDER RODRÍGUEZ RÁNGEL, CAMILO ANDRÉS RODRÍGUEZ RANGEL y VICTOR VIGILIO RODRÍGUEZ SANABRIA.**

EXP. 11001 31 05 004 2019 00510 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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, 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 presentado por los demandados, contra la sentencia proferida el 29 de abril de 2021, por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que entre él y la entidad demandada, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo desde el día 9 de enero de 2018 hasta el 8 de julio de 2018, con una asignación salarial de \$4.000.000 y \$1.000.000, por cumplimiento de indicadores y bonificación comercial; que se condenara a reconocer y pagar los días de salario comprendidos entre el 9 de enero al 8 de julio de 2018, que se condenara a reconocer y pagar \$1.000.000 por cada mes que laboró; que se condenara al pago de los siguientes conceptos: cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por el no pago de las cesantías e intereses a las cesantías, prima, vacaciones, aportes a seguridad social, y de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales artículo 65 del C.S.T., modificado por la Ley 789 de 2002, con sus correspondientes intereses. Consecuencialmente, que se condenara en costas a la demandada y subsidiariamente solicitó que las condenas impuestas fueran reconocidas debidamente indexadas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el día 9 de enero de 2018, empezó a trabajar con la entidad demandada a través de un contrato a término fijo por 6 meses, donde ejerció labores Director Administrativo y Comercial en la ciudad de Bogotá D.C., con un horario de 7:30am a 5:30pm de lunes a viernes y sábados de 7:30am a 12:00pm, con un salario \$4.000.000,00; y un pago adicional de \$1.000.000,00; llamado “*cumplimiento de indicadores y bonificación comercial*”, y que la demandada nunca le canceló dicha bonificación.

Señaló, que fue despedido a partir del 8 de julio de 2018, que la demandada incumplió con el pago de la prima de servicios,

vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prestaciones sociales y seguridad social en salud, y que las obligaciones del empleador fueron causadas con anterioridad al proceso de reorganización que ostenta la empresa.

Por último, indicó que presentó derecho de petición por el no pago de salarios y prestaciones sociales, que solicitó audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo y se declaró fracasada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, se admitió la demanda 13 de septiembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f. ° 85).

La sociedad demandada **XELATEM LTDA - EN REORGANIZACIÓN**, y de los Señores **CAMILO ANDRÉS RODRÍGUEZ RANGEL, NELLY RANGEL HERNÁNDEZ, VÍCTOR ALEXANDER RODRÍGUEZ RANGEL, y VÍCTOR VIRGILIO RODRÍGUEZ SANABRIA**, se opusieron a todas y cada una de las pretensiones del actor; Manifestó, que la terminación del contrato de trabajo fue pactada entre las partes desde su inicio, que la sociedad se vio en la obligación de no contratar a un nuevo director administrativo por falta de recursos económicos, que la obligación al pago de las prestaciones sociales fue un hecho aceptado en el proyecto de calificación y graduación de créditos ante la Superintendencia de Sociedades; Por otro lado, adujo que la empresa hace parte de un proceso de reorganización por las dificultades económicas que ostentaba, que al demandante y a los demás trabajadores nunca se les ocultó la situación de la entidad, y que actuaron de buena fe.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva de los demandados, improcedencia del pago de la

indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales, y la excepción llamada innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 29 de abril de 2021, declaró que entre las partes existió contrato de trabajo a término fijo desde el 9 de enero al 8 de julio de 2018, condenó a la demandada al pago de los siguientes conceptos:

- *Salario de 8 días de julio 2018: \$1.066.666*
- *Cesantías: \$2.000.000*
- *Intereses a las cesantías: \$120.000*
- *Prima de servicios: \$2.000.000*
- *Compensación de vacaciones: \$1.000.000*

Ordenó el traslado de los aportes a la administradora de pensiones que ostente el demandante, teniendo en cuenta como salario el valor de \$4.000.000, condenó al pago de la indemnización moratoria por la suma de \$133.000 por cada día de retraso en el pago de los salarios y prestaciones sociales al igual que sus intereses moratorios a partir del mes 25; condenó solidariamente a los señores CAMILO ANDRÉS RODRÍGUEZ RANGEL, NELLY RANGEL HERNÁNDEZ, VÍCTOR ALEXANDER RODRÍGUEZ RANGEL, y VÍCTOR VIRGILIO RODRÍGUEZ SANABRIA por las codenas anteriormente impuestas, declaró no probada las excepciones, y condenó en costas a la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de \$5.000.000.

Consideró, que los problemas jurídicos a resolver consistían en determinar los extremos temporales en los que se rigió el contrato a término fijo, determinar si el demandante tiene derecho al pago de las prestaciones sociales y seguridad social.

En lo que interesa a la alzada, se probó que existió contrato a

término fijo por 6 meses con una asignación salarial de \$4.000.000, esgrimió que el demandante no fue despedido sin justa causa por haberle puesto en conocimiento la terminación del contrato con anticipación; por otro lado, no se logró demostrar que se le adeudaran dineros por concepto de cumplimiento de indicadores y bonificación comercial, no fue materia de discusión que al actor se le adeudan prestaciones sociales, debido a que la demandada así lo aceptó; así como también, mencionó que el proceso de reorganización no es una causal para no cumplir con las obligaciones dado a que el proceso se realizó 9 meses después de que el demandante haya ejercido labores para la empresa.

Señaló, que el actuar de la empresa siempre ha sido de mala fe al no demostrar la intención de pagarle las prestaciones sociales al demandante sino escudarse de la obligación bajo la crisis económica que ostenta la sociedad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de los **DEMANDADOS**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Adujo, en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria por considerar que la valoración probatoria no consistía en las pruebas aportadas al litigio, que el demandante tenía conocimiento del proceso de reorganización llevado a cabo por la empresa, que los valores con base en las prestaciones sociales están vinculados en su totalidad; manifestó, que no puede verse como el proceso de reorganización como un acto de mala fe, debido a que esta etapa fue dada 9 meses después de la terminación del contrato de trabajo con el demandante, por lo que consideró que la buena fe de la demandada

XELATEM LTDA, resulta probada así como la de los demás demandados.

Por último, indicó no estar de acuerdo con la sentencia proferida en primera instancia debido a que la sociedad no se encuentra en estado de liquidación para que fueran condenados solidariamente los dueños de la empresa; consideró, que no se actuó de mala fe dado a que el demandante tenía pleno conocimiento de las dificultades económicas que atravesaba la empresa y que por lo mismo fueron contratadas personas que pudieran darle un mejor manejo a la sociedad involucrada.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes demandadas, 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 el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico, verificar si el demandante tiene derecho o no, a recibir la indemnización moratoria producto de las prestaciones sociales; y determinar si le corresponde o no, a los socios de la empresa responder solidariamente por las condenas.

Del acervo probatorio, se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante prestó sus servicios a la demandada, mediante un contrato de trabajo a término fijo desde el 9 de enero de 2018, hasta el 8 de julio de 2018 (f. ° 82 al 85 contrato de trabajo); **ii)** que el cargo desempeñado fue el de Director Administrativo y

Comercial; **iii**) que tenía una asignación salarial de \$4.000.000 (f. ° 16 a 20 comprobantes de nómina), y **iv**) que el contrato a término fijo no fue renovado (f. ° 21 carta de terminación del contrato).

En lo que tiene que ver con el primer problema jurídico, esto es, sobre la condena sobre la indemnización moratoria, se tiene que 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 (Sentencia CSJ SL2317-2021, Rad. 77600).

Ahora bien, no se 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 cuanto se tiene de presente el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada, quien afirmó que a la parte actora se le adeudan las prestaciones sociales por

encontrarse bajo un proceso de reorganización, situación que no es óbice del cumplimiento de las obligaciones con el demandante, quedando así demostrada la mala fe del empleador demandado.

Así mismo, es de tenerse en cuenta que a f.º 67 - 79, se verifica que la Superintendencia admitió en el proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2006, a la SOCIEDAD XELATEM LTDA., mediante auto del 16 de abril de 2019, donde también se nombró promotor dentro de dicho proceso.

De modo que, sin desconocer lo establecido en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a que los trabajadores no pueden asumir el deterioro económico de la empresa, no se puede olvidar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, en cuanto se efectúa la solicitud de admisión al proceso de reorganización, el empresario tiene prohibido realizar pagos, transacciones o acuerdos tendientes a saldar las obligaciones a su cargo, salvo que exista autorización del juez del proceso concursal.

Por ello, considera la Sala que el límite de la indemnización moratoria, debe establecerse hasta la fecha en que se admitió a la Sociedad demandada en el proceso de reorganización (16 de abril de 2019), y no por el término de veinticuatro meses ordenado por el juez de primera instancia, por lo que sobre este punto, habrá de **MODIFICARSE** la sentencia apelada.

Así, al efectuar las operaciones aritméticas de rigor se tiene que el valor de la indemnización moratoria que le corresponde al demandante, teniendo como extremo inicial el día 9 de julio de 2018, toda vez que el contrato de trabajo terminó el 8 de julio de dicha anualidad, y como extremo final el día 15 de abril de 2019, toda vez

que la fecha de inicio del proceso de reorganización, lo fue el 16 de abril de esa anualidad, es el siguiente:

JOHAN JULIÁN HERNÁNDEZ BAQUERO					
Desde	Hasta	Días	Salario	Salarios Diarios	Valor de la indemnización - art. 65
9/07/18	15/04/19	276	\$4.000.000,00	\$133.333,33	\$ 36.799.908,00
Valor de la indemnización					\$ 36.799.908,00

Ahora bien, del segundo problema jurídico planteado, en lo referente a la responsabilidad solidaria, se tiene que es relevante señalar, que tal como lo ha explicado la Corporación de Cierre de esta Jurisdicción, la solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, entre el contratista y quien se beneficia de su labor, se presenta cuando aquellas actividades prestadas son normales o corrientes a la desarrolladas por quien encargó su ejecución, es decir, que cubren una necesidad esencial, inherente e indispensable, ligada directamente con su objeto social o actividad económica y con la ordinaria explotación o cumplimiento del negocio (CSJ SL611-2018, CSJ SL14692-2017, CSJ SL4400-2014 y CSJ SL 34893, 21 sep. 2010).

Teniendo en cuenta que la responsabilidad solidaria opera cuando no se hayan cesado las obligaciones pertinentes como en el caso, se entiende que son los socios a los que les corresponde suplir con esa carga; además, que con las pruebas aportadas al expediente, se tiene que se encuentra plenamente demostrado que no se han cancelado las prestaciones sociales al demandante, situación esta, que es plenamente aceptado por el representante legal de la entidad demandada en su interrogatorio de parte, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** esta decisión.

Es de anotar, que los socios demandados responden de manera restringida, hasta por el monto de sus aportes, por tratarse de una

sociedad limitada, de conformidad con las normas regidas en el título V del libro primero del Código de Comercio.

Finalmente, fue allegada al proceso prueba que obra a folios 127, 128 y 129 (certificado de aportes a seguridad social en línea), la cual se tuvo por decretada e incorporada al expediente mediante auto de fecha 9 de noviembre de 2021 (f.º 139), revisada la misma, se observa que dichos aportes fueron consignados con anterioridad a la sentencia proferida en primera instancia, por lo que habrá lugar a **REVOCAR** el numeral Tercero de la sentencia.

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 el numeral **TERCERO** la sentencia proferida el 29 de abril de 2021, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **ABSOLVER** a la entidad demandada **SOCIEDAD XELATEM LTDA.**, del pago de los aportes a seguridad social, de conformidad con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el **NUMERAL CUARTO** de la sentencia anteriormente señalada, en el sentido de **DECLARAR** que la demandada **SOCIEDAD XELATEM LTDA.**, adeuda al demandante la suma de \$36.799.0908,00, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: 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 **CARLOS ARIEN AGUALIMPIA MOSQUERA** contra **JAVIER GARCÍA INGENIEROS S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 023 2019 00822 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre 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, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 5 de abril de 2021, por el Juzgado 23 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 a término indefinido con el señor Javier Enrique García Romero desde el 3 de julio de 2006, que como consecuencia, se declare que el demandante estuvo sujeto a la figura de sustitución patronal, producto de la relación laboral que inició con Carlos Javier Enrique García y fue regulada por Javier García Ingenieros S.A.S.

Solicitó, que se condene a Javier Enrique García Romero y/o Javier García Ingenieros S.A.S., al pago de: bonificaciones, comisiones, horas extras, recargos nocturnos dominicales y festivos, al pago de la seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), al pago de la indemnización e indexación por el incumplimiento de las obligaciones, que se condene a lo que resulte probado Ultra y Extra Petita y a las costas procesales.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con el señor Javier Enrique García Romero a partir del 3 de julio de 2006, que desempeñaba labores de operador de máquina, que desde 2006, su salario ha sido el de un (1) S.M.L.M.V. para cada año, que entre las partes se acordó una comisión por el valor de \$1000 por cada hora de trabajo, que posterior fue acordado por un valor de \$2000 por cada hora laborada, que su horario de trabajo era de 7:00AM a 5:00PM de lunes a viernes, que por las funciones que desempeñaba en la construcción, sus horarios podían extenderse por la necesidad de la labor, que debido a las obras que desarrollaban, los tiempos de terminación se extendían, teniendo que laborar los fines de semana; que posterior la empresa cambio su denominación a Javier Enrique García Ingenieros S.A.S., continuando el demandante con las mismas actividades, que posterior el señor Javier Enrique García Romero,

canceló su matrícula mercantil como persona natural, sin comunicar la situación jurídica a los trabajadores e incumpliendo con el pago de acreencias laborales.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 26 de noviembre de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 296).

La demandada **JAVIER GARCIA INGENIEROS S.A.S.**, representada legalmente por el señor **JAVIER ENRIQUE GARCÍA ROMERO**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, adujo que le correspondía demostrar al demandante los hechos que pretende demostrar, allegando documentos que acreditaran sus pretensiones. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, mala fe, inexistencia de la obligación, ausencia de causa, abuso del derecho, prescripción y falta de jurisdicción y competencia (f.º 158-172).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de abril de 2021, declaró que entre el demandante y el señor JAVIER ENRIQUE GARCÍA ROMERO existió un contrato a término indefinido desde el 3 de julio de 2006, que a partir del 23 de julio de 2013, por sustitución patronal paso a ser su empleador la sociedad JAVIER GARCÍA INGENIEROS S.A.S., desempeñando el cargo de operador mini cargador con 1 S.M.L.M.V.; absolvió de las demás pretensiones a las demandadas y condenó en costas al demandante.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía de determinar si al demandante le correspondía el pago de

bonificaciones, horas extras, horas máquina, recargos nocturnos, dominicales y festivos, fundamentó la decisión, al aducir básicamente que se logró establecer el vínculo laboral que existía entre las partes, pero no se aportaron elementos de juicio que acreditaran el pago de los emolumentos solicitados, por lo que carga a la que estaba obligada la parte demandante no la cumplió.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación en lo considerado a la decisión adoptada por el *A quo*, debido a que no está de acuerdo con absolución de la demandada concerniente a las horas extras y bonificaciones, adujo que no se tuvo en cuenta las pruebas arrimadas al proceso donde se evidencia los horarios de entrada y salida del demandante en su labor.

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 a verificar, si el demandante tiene derecho o no, al pago de las acreencias laborales por concepto de horas extras, y bonificaciones.

No se encuentra bajo estudio la existencia de la relación laboral entre las partes; por otro lado, revisadas las pruebas allegadas al plenario y pruebas practicadas en el proceso se demostró: que el demandante prestó sus servicios a la demandada, mediante un contrato a término indefinido (interrogatorio de parte del representante legal de la demandada), teniendo funciones de operador de mini cargador, que devengaba 1 S.M.L.M.V., y que su

relación ocurrió desde el 3 de julio de 2006 al 31 de diciembre de 2019.

Ahora bien, revisado el expediente se encuentra que la única prueba relacionada con el tema, son las planillas visibles a folios 21 a 99, en las que al parecer se relacionan las horas extras laboradas por el actor de las cuales, considera la Sala, no son suficientes, para impartir condena en contra de la demandada, toda vez que en ellas no se evidencia si las mismas fueron autorizadas o no, y más aún no se encuentran debidamente firmadas.

Por lo anterior, esta Colegiatura encuentra que la asiste razón al fallador de primera instancia, ya que las horas extras alegadas no fueron demostradas, y en ese mismo orden, la condición de exactitud que se exige es puesta en entredicho, ya que tan sólo se señaló un número de horas supuestamente laboradas.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL5584 de 5 de abril de 2017, señaló:

“Visto lo anterior, cabe precisar que el empleador, conforme lo establece el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene la facultad para exigir a su trabajador “... el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad del trabajo...”, es decir, puede disponer sobre la utilización o no de la fuerza de trabajo de éste.

Según se desprende de los documentos denunciados por la censura, los demandantes fueron programados para realizar diferentes turnos operativos algunos sábados, domingos y festivos, para el período comprendido entre los años 2004 a 2007, razonamiento al que llegó el ad quem, y pese a que señaló que «la realidad procesal que revelan los autos es que efectivamente, los promotores del litigio por acuerdo con su empleadora común, se pusieron a disposición de ésta, algunos fines de semana, sin necesidad de desplazamiento al lugar habitual de sus

labores», indicó que se debió demostrar que el “trabajo a domicilio” era habitual, o que el servicio se prestó durante tales días y horas, más no la mera disponibilidad, con lo que desconoció la realidad de esas piezas procesales, toda vez que los accionantes estaban bajo las órdenes de su empleador, con limitación para desarrollar las actividades que a bien tuvieran, y que fueran ajenas a las labores contratadas, sino siempre a estar disponibles frente a algún inconveniente que se presentara en los servicios prestados por la demandada, tanto así que «durante los turnos operativos los monitoreos a las centrales se deben realizar remotamente desde los equipos portátiles previstos en cada tecnología», y «Los daños en Aires Acondicionados y Plan de emergencia se deben realizar remotamente desde los equipos portátiles previstos en cada tecnología», con lo cual es claro el error en el que incurrió el Tribunal.

En efecto, el yerro del sentenciador de alzada condujo a revocar la sentencia de primera instancia, en perspectiva de los medios de prueba que ya se relacionaron, lo que llevó a obtener una inferencia ostensiblemente equivocada, en el sentido de considerar que la sola disponibilidad del trabajador en los diferentes turnos que le programó el empleador durante varios fines de semana, no le daban derecho al pago de los mismos, sino cuando se materializara realmente alguna actividad a favor de este último.

Y es que a juicio de la Corte, el simple sometimiento del asalariado de estar a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada.

Estas consideraciones resultan suficientes para desestimar cualquier pretensión sobre pago de horas extras o cualquier otra que se encuentre fundamentada en la existencia de las mismas. En este sentido, se confirmará la decisión 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 5 de abril de 2021, por el Juzgado 23 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.

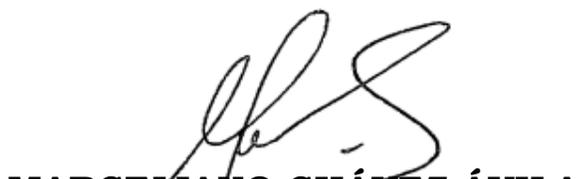
Los Magistrados,



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 **AYDA IVONNE PULIDO RUIZ** contra **OCUPAR TEMPORALES S.A.S Y RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.S**

EXP. 11001 31 05 023 2019 00831 01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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, contra la sentencia proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la existencia de un contrato realidad, en consecuencia que se declare que fue desmejorada de sus condiciones laborales, encontrándose en estado de embarazo, que ordene su reintegro en la empresa Resuelve tu Deuda Colombia S.A.S. en el cargo de Negociadora JR, que se declare que Ocupar Temporales S.A., y Resuelve tu Deuda Colombia S.A.S., son solidariamente responsables; solicitó, que se condene a Resuelve tu Deuda Colombia S.A.S., a pagarle a la demandante la suma de \$3.060.000 mensual, que se le cancelen las prestaciones sociales a partir del 5 de septiembre de 2018, hasta que se haga efectivo el reintegro, al igual que el pago por concepto de acreencias laborales; que se condene al reajuste de la licencia de maternidad, al pago de indemnizaciones y a las costas procesales.

Sustentó sus pretensiones, en que el 10 de abril de 2018, la demandante fue vinculada a la empresa **OCUPAR TEMPORALES S.A.**, bajo la modalidad de contrato por obra o labor, que fue delegada por la empresa anteriormente mencionada para realizar labores de Negociadora JR, en la sociedad **RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.S.**, que su asignación salarial era de \$900.000, que suscribió 4 otrosí con la empresa mediante el cual se modificaron ciertas condiciones del contrato de trabajo; por otro lado, afirmó la demandante que el día 10 de mayo de 2018, puso en conocimiento su estado de embarazo, posterior a la noticia, manifestó recibir un trato indebido, y exclusión por parte de los líderes de negociación, que le asignaron labores que no realizaba antes de mencionar su estado de gestación; como consecuencia de lo anterior, adujo que

padeció de estrés, síntomas de irritabilidad, insomnio, aislamiento y discriminación.

Señaló, que el 4 de septiembre de 2018, la empresa **RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.**, le informó verbalmente que debía retirarse de su puesto de trabajo debido a que se le inició un proceso disciplinario, manifestó que la empresa **OCUPAR TEMPORALES S.A.S.**, la citó por el proceso en su contra y se le culpó de incumplir con el acuerdo de confidencialidad y políticas de la empresa **RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.**, que el día 5 de septiembre de 2018, fue aplazada la audiencia de descargos indicándole que regrese a la empresa *resuelve tu deuda s.a.s*, cambiándole sus condiciones de trabajo como el lugar de prestación del servicio, el cargo y sus funciones, que el día 12 de septiembre de 2018, la empresa *Ocupar Temporales S.A.*, le envió una citación para iniciar un proceso disciplinario, que el 14 de noviembre de 2018, observó actos de acoso laboral al negarle un permiso para asistir al consultorio jurídico de la universidad donde se encontraba estudiando Derecho.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 3 de septiembre de 2020, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f. ° 172).

RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.S., contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas, frente a los hechos adujo que no le constan y son falsos, fundamentó su respuesta de acuerdo al artículo 71 de la ley 50 de 1990, y Decreto 4369 de 2006, que nunca se demostró un despido injusto hacia la

actora, que su empleadora era la empresa OCUPAR TEMPORALES S.A., quien pagaba su salario y prestaciones sociales, a quien la demandante enviaba correos y ella recibía órdenes. Propuso excepciones de inexistencia de la hipotética obligación por falta de causa y cobro de lo no debido (f. º181).

Por su parte **OCUPAR TEMPORALES S.A.**, contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la actora, frente a los hechos argumentó que la demandante se le comunicó que prestaría sus servicios directamente en la empresa haciéndole una reubicación en otro cargo sin desmejorarle su condición de trabajadora, que si se le inició un proceso disciplinario el cual no culminó por constantes excusas que argumentaba la demandante, que no se realizó ningún despido debido a su estado de embarazo pero si se realizó un otrosí al contrato con nuevas condiciones laborales negándose a firmarlo.

Finalmente, señaló que el contrato se terminó por la renuncia de la actora, y que fue aceptada. Propuso como excepciones la de carencia del derecho para inocular de la demandante, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, calidad de verdadera empleadora, improcedencia de la aplicación extensiva del artículo 26 de la ley 361 de 1997, e inexistencia de desmejora en condiciones laborales, pago, indebida acumulación de pretensiones, inexistencia de solidaridad contenida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y validez de renuncia presentada por la demandante (f. º181).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de marzo de 2021, absolvió a OCUPAR TEMPORALES S.A., y

RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones incoadas y condenó en costas a la demandante.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en establecer si entre la demandante y RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.S, existió una relación laboral, de ser así, determinar si tiene derecho al reintegro en la empresa anteriormente mencionada, y si tiene derecho al pago de las indemnizaciones pretendidas en el escrito de la demanda.

Adujo, que con los documentos arrimados al plenario, se logró demostrar que la única relación que existió entre la demandante y RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.S., fue originada de los servicios que prestaba a través de la empresa OCUPAR TEMPORALES S.A., como trabajadora en misión, la cual consistía en cumplir tareas o servicios por un determinado tiempo; señaló, que no se dieron los requisitos establecidos en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, por lo que fue negada dicha pretensión; en relación con el reintegro pretendido, se demostró que con las pruebas practicadas en el proceso, la demandante únicamente prestaba sus servicios en representación de la empresa OCUPAR TEMPORAL S.A., razón por la cual no había lugar a conceder la misma.

Finalmente, en relación con el despido sin justa causa, se esclareció que no existió despido dado a que la demandante ostentaba una relación con la empresa OCUPAR TEMPORAL S.A.S., quien salvaguardó los derechos de la actora en relación a su estado de gestación, siendo la recurrente quien manifestara su deseo de no seguir laborando con la empresa.

IV. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia, sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante. Para el efecto, se estima que el problema jurídico consiste en establecer si existió un contrato de trabajo entre la demandante y RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.S., de ser así determinar si hay lugar al reintegro de sus funciones en dicha sociedad, y si da lugar al reconocimiento y pago de indemnizaciones origen del despido sin justa causa.

Sea lo primero precisar, que el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, define el contrato de trabajo como aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración.

Igualmente, el artículo 23 ibídem, consagra como elementos esenciales de un contrato de trabajo: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y un salario como retribución del servicio. teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la

existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Del acervo probatorio, se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante prestó sus servicios a la empresa Ocupar Temporales S.A., desde el día 10 de abril de 2018 (f. ° 18 y 19 contrato de trabajo); **ii)** que el cargo desempeñado fue el de negociador JR, **iii)** que tenía una asignación salarial e \$900.000, (f. ° 122 a 126 - comprobantes de nómina) y **iv)** renuncia presentada por la demandante (f. ° 181 - carta de terminación del contrato).

Es preciso indicar, en torno a las pruebas arrimadas al proceso, que únicamente está demostrada la relación contractual que ostentaba la demandante con OCUPAR TEMPORALES S.A., y es que no se puede confundir la función que cumplen los trabajadores en misión en empresas, como es el caso de la aquí demandante con la empresa RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.S., toda vez ella prestó sus servicios con el fin de colaborar temporalmente en las actividades desarrolladas por personas naturales de dicha entidad por delegación de estas.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018 la Sala adoctrinó:

“cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador”.

“Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria”.

“Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual”.

“Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios”.

Teniendo en cuenta el anterior criterio jurisprudencial, se observa que la apoderada judicial de la parte demandante confunde la labor que desempeñaba para la empresa usuaria, a través de su única empleadora OCUPAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y es que la misma no negó la relación contractual, tal como lo indicó en su escrito de demanda, y en el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal, quien manifestó que la señora AYDA IVONNE PULIDO RUIZ, fue contratada para prestar un servicio en la empresa RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.S., y que el contrato se extendió debido al estado de embarazo que poseía la demandante, para no vulnerar su fuero de maternidad.

Por su parte, la empresa RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.S, a través de su representante legal, manifestó que la labor que realizada en la empresa la demandante fue culminada, debido a que ya no se hacía necesario los servicios que prestaba la trabajadora en misión.

Con base en los testimonios de los señores CESAR OCTAVIO CASTRO NAVARRO administrador de la empresa OCUPAR TEMPORALES S.A., y ARBELIO SIRVALARA gerente sucursal de la misma empresa en Bogotá D.C., coinciden en sus declaraciones en relación a que la demandante fue enviada como trabajadora en misión, que una vez culminó el servicio para la empresa usuaria, la demandante le fue prolongado su contrato debido a su estado de embarazo.

Por lo anterior se concluye, que la demandada RESUELVE TU DEUDA COLOMBIA S.A.S., actuó bajo la convicción de encontrarse en una modalidad de usuaria y OCUPAR TEMPORALES S.A., la entidad que prestó un servicio a través de la demandante quien era la responsable de su salario y de prestaciones sociales. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado. No se impondrán costas en esta instancia, por no haberse causado.

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 marzo de 2021, por el Juzgado 23 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.

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 **HERNAN LOZANO MOSCOSO** e **INÉS JANNET CARDOZO RADA** contra **COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES CONDOR S.A - EN LIQUIDACIÓN**

EXP. 11001 31 05 025 2016 00099 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre 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, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 5 de abril de 2021, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes, que son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES hoy en LIQUIDACIÓN, y la organización sindical UNIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS BANCARIOS – UNEB, que se declare que la demandada incumplió con la cláusula n.º 19 denominada INCREMENTO SALARIAL de la convención colectiva de trabajo de fecha 27 de marzo de 2012, y que se declare que la demandada incumplió con la cláusula n.º 10 denominada INDEMNIZACIONES.

Solicitó, que se condene al pago de los incrementos salariales, a la indemnización por la terminación del contrato sin justa causa, a reliquidar los siguientes conceptos: vacaciones, auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías; a reliquidar y pagar los aportes al sistema de seguridad social en salud y riesgos laborales, que se condene en favor de la demandante INÉS JANNET CARDOZO RADA a la compensación en dinero producto del vestido y calzado para las labores que ejercía, que se condene a lo que resulte probado Ultra y Extra Petita y a las costas procesales.

Fundamentaron sus pretensiones, en que el demandante Señor HERNÁN LOZANO MOSCOSO inició labores con la empresa desde el 2 de marzo de 1992 en el cargo de Técnico, y posteriormente, Asistente 01 Técnico; que la demandante Señora INÉS JANNET CARDOZO RADA a partir del 16 de septiembre 1994, en el cargo de auxiliar de archivo y mensajería, y que posterior, Asistente 03 expedidor; que los demandantes desempeñaron labores en las oficinas de la demandada en la ciudad de Ibagué, que al demandante

le fue terminado su contrato el día 17 de diciembre de 2014, y a la segunda, el 31 de enero de 2014, sin justa causa.

Que el señor HERNÁN LOZANO MOSCOSO laboró 21 años y 9 meses, devengando como último salario de \$1.757.853, y la señora INÉS JANNET CARDOZO RADA, desempeñó labores por 19 años y 4 meses, con un salario de \$882.152.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 26 de julio de 2016, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f. ° 115).

FIDUAGRARIA S.A. en su condición de FIDEICOMIENTE del patrimonio autónomo denominado PATRIMONIO DE REMANENTES Y CONTINGENCIAS CONDOR S.A., quien contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, adujo que no le constan los hechos de la demanda, que una vez iniciada la liquidación de la sociedad CONDOR S.A., el señor HERNAN LOZANO MOSCOSO, presentó reclamación solicitando la reliquidación de la indemnización por terminación del contrato, manifestó que al demandante se le reliquidó de conformidad con lo establecido en la ley 50 de 1990, que el actor presentó recurso de reposición, negándose por considerar que lo pretendido en su reclamación fue cancelado en debida forma. Por otro lado, arguyó que la señora JANNET CARDOZO RADA, no presentó reclamación alguna.

En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia del demandado, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago,

compensación, definición de las controversias dentro del proceso de liquidación, buena fe, prescripción, y cobro de lo no debido (f.º 215-236).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia del 5 de abril de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas, y no condenó en costas.

Para arribar a tales conclusiones, indicó que existió una relación laboral de los demandantes contra la sociedad liquidada, que en lo referente se logró demostrar que a los demandantes se les pagó liquidación, que al realizar las operaciones aritméticas conforme a la convención colectiva, estos recibieron un incremento demás al que les correspondía, por lo que se negaron las pretensiones incoadas por ser desfavorables.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación, en lo concerniente a los incrementos salariales que alegó en su escrito de demanda, adujo que la parte demandada negó el recurso de apelación por considerar que fueron pagados en debida forma, decisión que no se demostró con elementos probatorios o el motivo de la decisión adoptada.

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 a verificar, si les asiste derecho o no, a los demandantes al pago de incrementos salariales deprecados.

Se solicita por la parte activa, la nivelación salarial, con base el incremento que fue establecido para los trabajadores en la cláusula 19 de la Convención Colectiva de Trabajo, el cual pretende que a partir del 1.º de marzo de 2012, la compañía demandada incrementaría el salario y prestaciones sociales en 5.55%, equivalente a la variación del índice de precios al consumidor (f. º 82 a 93).

Partiendo de lo anterior, es preciso indicar que en principio se evidencia que la cláusula debatida no se trata de una imposición unilateral de la compañía liquidada, ya que la misma, es producto de un acuerdo convencional al que llegaron sus suscribientes, ejerciéndose así la garantía constitucional de negociación colectiva, aunado a ello, se tiene que los términos de dicha convención fueron conocidos por todas las partes, por lo tanto, se puede inferir que tiene plena eficacia, máxime que del texto se desprende que lo que se buscaba garantizar los intereses colectivos de los trabajadores.

En consecuencia, de acuerdo a lo esbozado por el apoderado de la parte demandante, del acervo probatorio se encuentra la Resolución n.º 269 del 4 de mayo de 2016, donde se declaró terminada la existencia legal de la empresa demandada (f. º 119-122), Resolución n.º 019 del 4 de julio del 2014, donde no se concedió el recurso de reposición al demandante Señor HERNAN LOZANO MOSCOSO en relación a los incrementos salariales solicitados, y copia de las liquidaciones de los demandantes (f. º 25 y 26).

Partiendo de lo anterior, se colige que a los demandantes si se les aplicó la convención colectiva de fecha 27 de marzo de 2012; en relación, la sociedad demandada en ningún momento ha negado el

derecho que les correspondía por ser beneficiarios como se puede observar en su escrito de contestación y de las pruebas arrimadas, y en su única oposición quedó demostrado que si se les reconoció el mismo, y que les fue aplicado como lo demuestran las liquidaciones al haber recibido el beneficio sindical que ahí se desprende, por lo que se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

Costas. Sin costas en esta 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: CONFIRMAR la sentencia proferida 5 de abril de 2021, por el Juzgado 25 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 **CARLOS ALBERTO BENAVIDES SUESCUN** contra **OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A., COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 002 2020 00331 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 2 de septiembre de 2021, por el Juzgado 2 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, el 19 de diciembre de 1995 y luego a OLD MUTUAL S.A., del 3 de mayo de 2005, 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 y a Protección, trasladar a Colpensiones, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (Archivo 01. Pág. n.º 7).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 16 de agosto de 1960; realizó aportes en horizonte, entre el 21 de agosto de 1981 y el 19 de diciembre de 1995, 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 03 de mayo de 2005 se trasladó a OLD MUTUAL S.A., tiempo en el que recibió los extractos en donde le mostraban información acerca de la rentabilidad de sus aportes.

Agregó que en julio de 2005 se trasladó a OLD MUTUAL S.A., porque le ofrecieron una mayor rentabilidad, y de ese fondo, 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 el 5 de abril de 2018, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada (Archivo 01. Pág. n.º 89-90).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 15 de junio de 2018 el cual notifico para ser subsane de la demanda (Archivo n.º 1-Pág. 234). Y después de subsanada la demanda se corrió auto donde se admitió el día 28 de junio de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (Archivo n.º 5 -Pág. 1).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, en su defensa invocó la prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y genérica (Archivo n.º 1 -Pág. 337).

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, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, compensación y innominada o genérica (Archivo n.º 1 -Pág. 384).

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

de falta de legitimación en la causa, no comparecer en la demanda todos los litisconsortes necesarios, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, innominada o genérica (Archivo n.º 1 –Pág. 289).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo n.º1 –Pág. 415).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de septiembre de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 19 de diciembre de 1995, ante PORVENIR S.A.; en consecuencia, ordenó a dicha 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, y la efectuada el 3 de mayo de 2005, a OLD MUTUAL pensiones y cesantías s.a. hoy SKANDIA Pensiones y Cesantías S.A., 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 abstuvo de imponer costas a las partes, condenar a OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías S.A., hoy SKANDIA Pensiones Y Cesantías S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la administradora colombiana de pensiones – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, ordenar a la administradora colombiana de pensiones–COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 21

de agosto de 1981, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenó en costas a la parte accionada sociedad administradora de pensiones y cesantías, absolver a FONCEP en calidad de litis consorte necesario, si no fuere apelado el presente fallo, consúltese con el superior. (Archivo n.º 11 –Pág. 1-3).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

OLD MUTUAL S.A., 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 toda vez que esta fue una manifestación libre y voluntaria; 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, dice que devolver en gastos de administración son previo debate de los mismos, sin que hay sido como motivo para hacerlo en el debate al Derecho a la defensa, el debido proceso y la contradicción se ha vulnerado.

Indicó, que los supuestos facticos no son concernientes, ni parecidos al contexto de las sentencias que ordena la devolución de saldos, si bien es cierto el artículo 230 de la Constitución Política manifiesta que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, indica que no opera justamente esta pues estos gastos de administración sí debieron haber sido tenidos en cuenta en el sector de la prescripción

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 toda vez que esta fue una manifestación libre y voluntaria.

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.

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, que un error de derecho no vicia el consentimiento, conforme el artículo 1509 del Código Civil, y que el demandante fue negligente acerca de averiguar por su futuro pensional, ya que admitió que nunca investigó al respecto; en todo caso, tuvo la oportunidad de retractarse al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003 y la Circular 01 de 2004, de la Superintendencia Financiera, como fue publicado en medios de comunicación de amplia circulación nacional, y no lo hizo, también indico absolver de todas y cada una de las condenas impartidas por la sentencia.

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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 25 de enero de 1956 (Archivo n.º 1 –Pág. 92). **ii)** cotizó en horizonte, entre el 21 de agosto de 1981 y el 19 de diciembre de 1995, 658.00 semanas (Archivo n.º1 –Pág. 345).; **iii)** que el 19 de diciembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 27 de diciembre de 1995, (Archivo n.º 1 –Pág. 70), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada OLD MUTUAL S.A , con un total de 1,094 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa (Archivo n.º 1 –Pág. 339-345), y la certificación de (Archivo n.º 1 –Pág. 91).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento

exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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, la demandante, el 19 de diciembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (Archivo n.º 1–Pág. 345) y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a OLD MUTUAL S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles (Archivo n.º 1 –Pág. 91), 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

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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 OLD MUTUAL 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 19 de diciembre 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 PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo n.º 1 –Pág. 70), y en julio de 2005, se trasladó a OLD MUTUAL S.A. (Archivo n.º 1 –Pág.

³ CSJ SL1688-2019.

75), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, OLD MUTUAL 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.

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 2 de septiembre de 2021, por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a OLD MUTUAL 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.

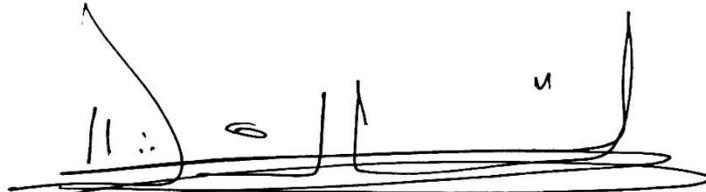
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurpzQpBCfdBnw_-H0Z-LUwBZhB2mOq-wDzjkd5P4BelQ?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 **JULIA HELENA TAMAYO RODRÍGUEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 009 2019 00320 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 18 de agosto de 2021, por el Juzgado 9 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 COLPENSIONES, el 20 de marzo de 1981, y a PORVENIR S.A., en marzo de 1999, 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 ordene 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 6 de septiembre de 1961; realizó aportes en COLPENSIONES, entre el 20 de marzo de 1981 hasta el 14 de octubre de 1981, 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, en 29 marzo de 1999, se trasladó a PORVENIR S.A., el cual se hizo efectivo a partir de marzo de 1999, tiempo en el que recibió los extractos en donde le mostraban información acerca de la rentabilidad de sus aportes.

Agregó, que en marzo de 1999, se trasladó a PORVENIR S.A., porque le ofrecieron una mayor rentabilidad, y de ese fondo así como de PROTECCIÓN S.A., 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 el día 28 de agosto de 2018, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada.(f.º 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda, se admitió el 21 de junio de 2019, lo cual se concedió auto para la ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 71).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones cobro de lo debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad, buena fe, inexistencia de la obligación, inobservancia a principio constitucional, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y innominada o genérica (f.º 98-100).

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, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, buena fe (f.º 193-194).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 196).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 18 de agosto de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 29 de marzo de 1999, ante PORVENIR S.A.; en consecuencia, ordenó a dicha 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, costas a cargo de PORVENIR S.A. y remitir al tribunal superior de Bogotá D.C. para grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES (f.º 340-342).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que no resulta viable declarar la nulidad del traslado al R.A.I.S. 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, 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 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.

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, que un error de derecho no vicia el consentimiento, cita la Sentencia SL4806-2020, en donde establece que para que exista ineficacia de traslado de régimen pensional, debe coexistir un perjuicio injustificado en el derecho pensional del afiliado, o que se le impida su acceso al derecho, situación que explica en este proceso en particular, de forma expresa y tacita no concuerda.

Indicó, que como quiera que la parte demandante no allegó, bajo ninguna modalidad de las pruebas que se contemplan para este proceso, que en efecto se hubiese generado un perjuicio injustificado en el derecho pensional del afiliado como consecuencia de la eventual ausencia de información, y que el demandante fue negligente acerca de averiguar por su futuro pensional, ya que admitió que nunca investigó al respecto; respecto de los gastos de administración como pretensión subsidiaria del mencionado recurso de apelación, indica que tienen por mandato legal una destinación específica.

Por consiguiente, en el presente proceso, en particular y en

general, en la totalidad de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad pues está establecido en la Ley 100 de 1993, que estos gastos de administración serán cobrados siempre y cuando se encuentren encaminados a la generación o a que en generen estos rendimientos financieros que deben ser garantizados por estas A.F.P. dentro de la administración de un cobro subjetivo de su parte, sino que se encuentran, pues, en un claro y evidente cumplimiento de un mandato legal que está obligada a acatar.

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 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 6 de septiembre de 1961 (f.º40); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 20 de marzo de 1981 hasta el 14 de octubre de 1981, un total de 246 semanas (f.º 35,36); **iii)** que el 29 de marzo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde marzo de 1999 (f.º 40 y 36 a 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 1,195 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 36 a 39 y la certificación de f.º 40.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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 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 marzo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (f.º 40), 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 36, 39, y 40, 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 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.

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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, se anota que 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 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 PORVENIR 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 marzo 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 PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 40), 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 afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas la totalidad de las 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

³ CSJ SL1688-2019.

demandante. 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 18 de agosto de 2021, por el Juzgado 9 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 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://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 **OCTAVIO BONILLA SANCHEZ** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 015 2018 00532 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 junio de 2021, por el Juzgado 15 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 Protección S.A, el 7 de junio de 1995, y a PORVENIR S.A.; en febrero de 2003, 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 (f.º 6).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 4 de noviembre de 1952; realizó aportes en CAJANAL, entre el 2 de febrero de 1974 y el 14 de abril de 1994, momento en el que fue visitada 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; el 7 de junio de 1995, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 7 de junio de 1995, tiempo en el que recibió los extractos en donde le mostraban información acerca de la rentabilidad de sus aportes.

Agregó, que en febrero de 2003, se trasladó a PORVENIR S.A, porque le ofrecieron una mayor rentabilidad, y de ese fondo, así como de PROTECCIÓN S.A.; 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. Adujo además, que el día 9 de marzo de 2018, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada Porvenir S.A (f.º 7); así como también, que el día 13 de marzo de 2018, intentó trasladarse de régimen a PROTECCIÓN S.A., pero dicha solicitud fue inane (f.º 7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda, se inadmitió el 6 de noviembre de 2018, lo cual fue inadmitida y se ordenó su subsanación (f.º 74). Luego, se admitió el día 7 de diciembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 76).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito, las denominadas eficacia del traslado de régimen de prima media al R.A.I.S., inexistencia de nulidades por no configurarse un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y excepción genérica (f.º 96-98).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones falta de competencia al no agotarse reclamación administrativa, falta de

integración litisconsorcio necesario, prescripción, petición antes de tiempo, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones(f.º 113-115).

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, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de obligaciones, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica (f.º 170).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 91).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de junio de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 7 de junio de 1995, ante PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, ordenó a dicha A.F.P. trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante al administrado por PORVENIR S.A, 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.; trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, y la condenó al reconocimiento y pago a favor del señor demandante, declaró no demostradas las excepciones propuestas, se abstuvo de imponer costas a las partes, y remitir al Tribunal Superior de Bogotá, para que las revise en grado jurisdiccional de consulta (f.º

268-269).

IV. 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.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 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)** la demandante nació el 4 de noviembre de 1952 (f.º 17); **ii)** cotizó a CAJANAL entre el 2 de febrero de 1974 hasta 14 de abril de 1994, 733 semanas (f.º 21-33, 175 y 188); **iii)** que el 7 de junio 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 1.º de enero de 1999 (f.º 175); que el 1.º de abril de 2003, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde ese mismo día (f.º175); 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 1.957 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (f.º175 y 188).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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 7 de junio de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. (f.º 175), 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 folio (f.º175), 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

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

¹ CSJ STL8125-2020.

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

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

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se anota que 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 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 PROTECCION S.A. y 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 **adicionaré** 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 7 de junio 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 PROTECCION S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 175), 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 la totalidad de las 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. En consecuencia, se **CONFIRMARÉ y ADICIONARÉ** la sentencia de primera instancia.

³ CSJ SL1688-2019.

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 consultada, proferida el 24 de junio de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN S.A y 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**, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurpzQpBCfdBnw_-H0Z-LUwBZhB2mOq-wDzjkd5P4BelQ?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 **MARIO GERMÁN MORENO MARTÍNEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES U.G.P.P.**

EXP. 11001 31 05 019 2019 00197 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 31 de agosto de 2021, por el Juzgado 19 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., el 5 de agosto de 1998, y a COLFONDOS S.A. el 21 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 COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (Archivo 01 pág. n° 09-11).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 4 de junio de 1955; realizó aportes en CAJANAL, entre el 2 de abril de 1974 hasta el 5 de agosto 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; y el 21 de enero de 2000, se trasladó a COLFONDOS S.A., el cual se hizo efectivo a partir de ese mismo día, tiempo en el que recibió los extractos en donde le mostraban información acerca de la rentabilidad de sus aportes.

Posteriormente, se trasladó a COLFONDOS S.A., porque le ofrecieron una mayor rentabilidad, y de ese fondo, así como de PROTECCIÓN S.A., 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 el 6 de febrero de 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada (Archivo 1 pág. n° 11-16).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 20 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01 pág. n° 165).

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-U.G.P.P., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, invocó como excepciones, la falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción e innominada o genérica (Archivo 1 pág. n° 271).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, formuló como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos y obligación a cargo exclusivamente de un tercero (Archivo 01 pág. n° 533).

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

las de validez de la afiliación al régimen del ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de los intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica (Archivo 1 pág. n.º 616).

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, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 354).

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

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 31 de agosto de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por el demandante el 5 de septiembre de 1999, ante PORVENIR S.A.; en consecuencia, ordenó a dicha 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, declaró válidamente vinculado al demandante MARIO GERMÁN MORENO MARTÍNEZ, identificado con C.C. N.º 19.305.802, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-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.; condenó a la demandada A.F.P. COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en

su contra, así mismo, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la U.G.P.P., declaró no demostradas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer costas a las partes; y condenó en costas a COLPENSIONES, PORVENIR A.F.P., COLFONDOS A.F.P., y a favor del demandante (Archivo 9 pág. n° 1-2).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

COLFONDOS 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 beneficiaria del régimen de transición; que 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, que un error de derecho no vicia el consentimiento, y que el demandante fue negligente acerca de averiguar por su futuro pensional, ya que admitió que nunca investigó al respecto; en todo caso, tuvo la oportunidad de retractarse, como fue publicado en medios de comunicación de amplia circulación nacional, y no lo hizo, también indica que se exonere de costas a la demandada .

COLPENSIONES S.A., 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 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, frente a la condena en costas del proceso, indicó que tampoco estaba llamada prosperar toda vez que COLPENSIONES había actuado en estricto cumplimiento del orden legal, por lo que teniéndose en cuenta el artículo 48 inciso 5.º de la Constitución Política, y el artículo 365 numeral 5.º del Código General del Proceso, no es pertinente en este proceso, el pago de costas.

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 4 de junio de 1955 (Archivo 1 pág. n°45); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 2 de febrero de 1974 hasta el 5 de agosto de 1998, 170.86 semanas (Archivo 1 pág. n° 95-97); **iii)** que el 5 de agosto 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 agosto de 1998 (Archivo 01 pág. n°47), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A., con un total de 1.380 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (Archivo 1 pág. n° 95-97); y la certificación de (Archivo 1 pág. n°49).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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 5 de agosto de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (Archivo 1 pág. nº 95-97), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a COLFONDOS S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a folios (Archivo 1 pág. nº 95-97 y 49), 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 COLFONDOS 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 la demandante el 5 de agosto de 1998, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por

³ CSJ SL1688-2019.

COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 1 pág. n.º 95-97, así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, COLFONDOS 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.

Para resolver 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 C.P.T y S.S. 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 31 de agosto de 2021, por el Juzgado 19 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 EL 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: CONFIRMAR el numeral **SÉPTIMO**, de la sentencia apelada y consultada, en lo referente a las costas procesales. Sin costas en esta instancia.

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-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 **GUILLERMO RODRIGO HUERTAS PATIÑO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS.**

EXP. 11001 31 05 024 2019 00097 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 interpuestos por el demandante y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 26 de julio de 2021, por el Juzgado 24 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 PORVENIR S.A., el 4 de marzo de 1987 y a PORVENIR S.A. en 17 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 PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.º 1).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 7 de noviembre de 1957; realizó aportes en CAPRECOM, entre el 4 de marzo de 1987 hasta 17 enero de 2000; posteriormente, los consignó en PORVENIR S.A. desde el 1.º de marzo de 2000, momento en el que fue visitada por los asesores de PORVENIR S.A., quienes le brindaron información acerca de las cesantías. Afirmó, que en el año 2018 intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada (f.º 46-50).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 14 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 53).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones de fondo las de buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES en el hecho de

un tercero, presunción de la legalidad de los actos jurídicos, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, inobservancia del principio constitucional, prescripción e innominada o genérica (f.º 61-78).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones la falta de integración de litisconsorcio necesario, prescripción, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 101-125).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 183, vto).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de julio de 2021, declaró absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones, relevarse del estudio de las excepciones elevadas por las demandadas, condenar en costas y agencias de derecho al demandante, expedir copias de la providencia a la agencia nacional de defensa jurídica del estado y en caso de no ser apelada, remitir al tribunal superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante(f.º292-293).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Apeló la parte actora, indicó que por el hecho de que tenga una profesión específica como lo es ser ingeniero, no lo hace experto jurídico frente a todos los actos que se puedan llegar a generar en dicha decisión, dijo que el acto jurídico debe estar precedido por la ilustración sobre todos los actos referentes a el traslado de régimen

lo citó de la siguiente manera: *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado”* lo cual, lo desglosó de sentencia SL19447- 2017.

Entonces, reveló que después de ellos, si bien hubo información al respecto sobre el cambio de régimen, que fueron más los aspectos positivos, que las eventuales desventajas, o aspectos negativos que podían tener afiliarse a PORVENIR S.A. en su momento.

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)** la demandante nació el 0 de noviembre de 1957 (f.º 11); **ii)** cotizó el 4 de marzo de 1987 hasta el 17 enero de 2000, un total de 678.00 semanas (f.º 14,45); **iii)** que el 17 de enero de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 17 de enero de 2000 (f.º 41), 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 1610 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 14 a 17, y la certificación de f.º 41.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento

exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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 17 de enero de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPENSIONES. (f.º 45), 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 41, 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, 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, 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.

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 17 de enero de 2000, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 41), 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 **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

³ CSJ SL1688-2019.

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 julio de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por Guillermo Rodrigo Huertas Patiño, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 17 de enero de 2000, a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la 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**, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcjs-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 **LUIS EDUARDO OTERO SOTOMAYOR** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

EXP. 11001 31 05 032 2019 00539 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 2 de noviembre

de 2021, por el Juzgado 32 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 **MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA** en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.º 7 (cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara la ineficacia, y por ende la nulidad, del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. realizado por el demandante; como consecuencia de esto, solicitó que ordenara a PORVENIR S.A. a trasladar todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposaran en la cuenta de ahorro individual del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y se reactivara su afiliación a este régimen.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 10 de octubre de 1954, y comenzó a cotizar en el extinto I.S.S. desde el mes de mayo de 1976. En 1998, mientras laboraba en la Corporación Universitaria UNITEC se trasladó a la A.F.P. COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

Manifestó, que el asesor de la A.F.P. no le informó a cerca de la forma en la que se realizaba el cálculo de la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además de que no lo informó acerca de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, y del término límite para el traslado entre regímenes pensionales.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de agosto de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 1, pág. 72).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones del demandante, y en su defensa propuso las de Validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, Presunción de legalidad de los actos jurídicos, Inexistencia del derecho y la obligación, Cobro de lo no debido, Buena fe en las actuaciones de Colpensiones, Prescripción, Falta de la causa para pedir e Inobsevancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 (Archivo 1, Pág. 86-89).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones 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.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 1, pág. 195).

Por medio de auto de fecha 7 de septiembre de 2020, se vinculó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO al proceso en calidad de litis consorte necesario, ordenando que se notificara a éste para que diera contestación a la demanda (Archivo 6, pág. 1 y 2, y Archivo audiovisual 7).

EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y como excepciones propuso las de Inexistencia de la Obligación y falta de responsabilidad de LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, Eventual necesidad de anular el bono pensional del demandante y Buena fe (Archivo 9, pág. 36-39).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de junio de 2019, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y como probadas las propuestas por el MINISTERIO DE HACIENDA; declaró ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLPATRIA, efectuado por el demandante el 29 de septiembre de 1998, como consecuencia de esto, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes y rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, así como a trasladar al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO los dineros que recibió por concepto de bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos

durante el tiempo en el que permaneció afiliado a PORVENIR S.A.; ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en las que se encontraba el afiliado al momento del traslado de régimen, y por último condenó en costas a COLPENSIONES (Archivo 13 págs. 2 y 3, y Archivo audiovisual 14).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., apeló la sentencia proferida en el sentido de que se revocara la en su totalidad, argumentando que la vinculación del demandante fue completamente válida, dado que cumplió con todos los requisitos existentes para la época, además, manifestó que en ningún momento PORVENIR S.A. ha negado la existencia del deber de información, sino que este ha evolucionado, y estas obligaciones generadas con posterioridad no obligaban a PORVENIR S.A. en su actuación en el momento de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Arguyó, que los motivos del demandante para solicitar la ineficacia no se deben a la falta del deber de información en la que presuntamente incurrió PORVENIR S.A., sino a la inconformidad del demandante en lo concerniente al monto de la mesada pensional, situación insuficiente para determinar una ineficacia de traslado, además de que para la época de afiliación del demandante no era posible determinar si iba a generar el derecho a la pensión ni el monto de este, debido a que estaba ligado a una gran cantidad de situaciones futuras imposibles de determinar.

Por último, manifestó que la condena a devolver los gastos de administración por parte de PORVENIR S.A. resulta contradictoria,

esto debido a que al dejar sin efectos el acto jurídico de la afiliación el actor perdería el derecho a que se le retornaran los rendimientos generados, y al no perder este derecho y además condenar a la A.F.P. a devolver los gastos de administración se desconoce la igualdad en los efectos de la declaratoria de ineficacia.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación con el fin de que se revocara la totalidad de la sentencia proferida en primera instancia argumentando que dicho fallo ignora el principio de la relatividad jurídica, esto debido a que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico que se está declarando ineficaz, y aun así se está viendo afectado por esta declaratoria de ineficacia de este acto en el cual no participó. Además de esto, la decisión también va en contra del equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, pues el recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación definida generaría un gran impacto en las reservas pensionales y el Estado.

Finalmente, solicitó que en caso de que se confirmara el fallo proferido en primera instancia, se condene a PORVENIR S.A. a pagar los perjuicios generados por recibir al demandante en el Régimen de Prima media con Prestación Definida, esto en atención a la teoría del daño del derecho civil, la cual predica que quien causa el daño debe repararlo.

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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 10 de octubre de 1954 (Archivo 01, página 24); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 24 de mayo de 1976 hasta el 31 de octubre de 1998, 360 semanas (Archivo 1, págs. 92-94 y Carpeta 2, Archivo Reporte de semanas cotizadas en pensiones); **iii)** que el 29 de septiembre de 1998, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A. (Archivo 1, págs. 50 y 121), y, luego de un traslado horizontal, actualmente se encuentra

vinculada a PORVENIR S.A., con un total de 1494 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en el Archivo 1, págs. 44 a 49 y 161 a 167.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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 29 de septiembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., (Archivo 1, págs. 50 y 121), y, luego de un traslado horizontal, se encuentra actualmente afiliado a PORVENIR S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles en el Archivo 1, págs. 50, 51, 121, 152 y 153, 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

¹ CSJ STL8125-2020.

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:

“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

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

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.

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 septiembre 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 COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 1, págs. 50 y 121), así como el traslado horizontal realizado a PORVENIR S.A. realizado el 09 de agosto de 2000, conforme a los formularios allegados al proceso (Archivo 1, págs. 51, 152 y 153), 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

³ CSJ SL1688-2019.

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 el 2 de noviembre de 2021, por el Juzgado 32 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.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

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

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large initial 'A' and a long, sweeping horizontal stroke.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JESÚS ENRIQUE BERNAL GONZÁLEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 009 2019 00522 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 9 de junio de 2021, por el Juzgado 9 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 **LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR**, en los términos y para los efectos del poder conferido,

de conformidad con el memorial obrante a f.º 287 (cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a COLFONDOS S.A., así mismo devolver los valores de la afiliación, cotizaciones, bono pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses a Colpensiones debe recibirlo, activarlo y afiliarlo en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, a devolver todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.º 30).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 12 de abril de 1957; posteriormente consignó en el extinto I.S.S. desde el 15 de enero 1991 hasta el 30 de mayo de 1994, y que desde el 1.º de junio de 1994, el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual, a cargo de COLFONDOS S.A., con base en las propagandas que anunciaban, donde resultaba ser mucho mejor para su mesada pensional a futuro, estar a cargo de un fondo privado, al decir que Instituto de Seguros Sociales iba desaparecer,

Agregó, que la información que debió brindarle COLFONDOS tenía que ser clara, eficaz, y suficiente, y oportuna, al momento de trasladarse, y por el contrario lo indujo en error al creer que su mesada pensional iba ser de una mayor cuantía a futuro. Afirmó, que intentó trasladarse de régimen, a COLPENSIONES pero la solicitud fue negada. (f.º 21).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 10 de septiembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 33).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de falta de legitimación, ineficacia del traslado o régimen, inexistencia de la obligación, excepción error de derecho, prescripción, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, (f.º 56-64).

COLFONDOS S.A., se allano frente a la prosperidad de las pretensiones, y solicitó se declarara la nulidad o ineficacia del traslado (f.º 73).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 80-81).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 9 de junio de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por el demandante el 18 de mayo de 1994, ante COLFONDOS 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, en consecuencia, condenó a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS, todos los valores trasladados en el fondo común que administra, y costas serán a cargo de COLFONDOS S.A.; declaró no demostradas las excepciones propuestas. (f.º 277-278).

IV.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.

V.CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar 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)** la demandante nació el 12 de abril de 1957 (f.º 19); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de enero de 1991 hasta el 30 de mayo de 1994, 176,00 semanas (f.º 15-15, 44-45, 349-356); **iii)** que el 18 de mayo de 1994, 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 junio de 1994 (f.º 267,269), y que actualmente se encuentra vinculado a COLFONDOS S.A., con un total de 1.451 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (f.º 4 a 14).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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 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 18 de mayo de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. (f.º 6, 267, 269), y, se encuentra actualmente afiliada a COLFONDOS S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a folios (f.º 267, 269), 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

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, 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.

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que 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 COLFONDOS 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 del 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.

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 la demandante el 18 de mayo de 1994, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 267 y 269), 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 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 al numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 9 de junio de 2021, por el Juzgado 9 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 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, 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 **MARLIO DE JESÚS COLLAZOS ROJAS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 0001 Tr (008 2019 00814) 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 julio de

2021, por el Juzgado primero 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**, al abogado **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante (f.º14, cuaderno del Tribunal)

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a AIG COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 1.º de septiembre de 1996, Por existir un engaño y asalto en su buena fe; en consecuencia, que se declare la nulidad posterior hecha el 31º de marzo de 1999, por las administradoras del raíz AIG COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., a PORVENIR S.A., por lo tanto, PORVENIR S.A., debe trasladar todo sus aportes a la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES.

Adujo, que COLPENSIONES debe recibirlo, activarlo y afiliarlo en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado; y en consecuencia se condene a la A.F.P. PORVENIR S.A., a pagar a la administradora COLPENSIONES los intereses causados, y rendimientos financieros, así mismo, que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez del demandante (Archivo 1, expediente, pág. 14)

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 28 de septiembre de 1959; realizó aportes en el extinto I.S.S. hoy COLPENSIONES un total de 552,43 semanas, y que el 1.º de septiembre de 1996, se trasladó al fondo de cesantías y pensiones AIG COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., en donde cotizo un total de 138 semanas, donde no le brindaron una información acorde de los beneficios y desventajas de estar en ese fondo. Para el año de 1999, el demandante se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., arguyó, que tiene un total de 1.035 semanas cotizadas en dicho fondo.

Afirmó, que la A.F.P. PORVENIR S.A., no le brindaron una información de las ventajas y desventajas de cotizar en un fondo privado, así mismo, nunca le hicieron una simulación del monto pensional que obtendría a futuro, añadió que tanto la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., como PORVENIR S.A., nunca le entregaron actas o formatos donde se informara la conveniencia o de la decisión de trasladarse al R.A.I.S.

Debió, que el 29 de agosto de 2019, solicitó a PORVENIR S.A., que se declarara la nulidad de traslado, y que a su vez se le entregara copia del documento que constara la información de la afiliación donde constara el pro y contra que conllevaba el cambio de régimen pensional, y que dicha solicitud fue negada por la A.F.P., así mismo solicitó a COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A., se declarara la nulidad de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, pero dichas solicitudes fueron negadas por las A.F.P. (Archivo 1, expediente, pág. 10).

Aseveró, que su mesada pensional en el fondo privado de PORVENIR S.A., le quedaría en \$1.640.100 al momento de cumplir la edad de los 62 años, en comparación a COLPENSIONES donde le quedaría en \$4.128.407; por lo tanto, afirmó que su mesada pensional no sería justo al verse una diferencia de \$1.497.792 al

notarse entre una pensión y otra un 40% de diferencia (Archivo 01, expediente, pág. 12).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 14 de enero de 2020, ordenándose la devolución para la respectiva subsanación (Archivo 01, expediente, pág. 230); la cual fue admitida el 21 de febrero de 2020, y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01, expediente, pág. 246-247).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación (Archivo 1, expediente, pág. 298-299).

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 (Archivo 1, expediente, pág. 336-339).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación, innominada o genérica (Archivo 1, expediente, pág. 356-360).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 04, expediente, pág. 1-2).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de julio de 2021, declaró la ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el demandante el 18 de julio de 1996, a PROTECCIÓN S.A., y de igual forma el traslado hecho el 31 de 1999, a la A.F.P. PORVENIR S.A.; en consecuencia, declaró la vinculación del demandante ante COLPENSIONES como si nunca se hubiera trasladado al R.A.I.S., condenó a PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES a devolver todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, y absolvió a las demandas de las demás pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a las partes (Archivo 9, expediente, pág. 2).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que el demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y espontánea, y al momento de la firma tuvo que estar con un asesor que lo aconsejó de tomar esa decisión de permanecer a esa A.F.P. al momento de trasladarse y de querer permanecer hay.

Arguyó, que la condena sea extensiva a PROTECCIÓN, toda vez que ellos fueron la administradora que realizó el acto de traslado del régimen pensional del demandante, por lo tanto, al ser declarado la ineficacia del traslado perdería fundamento legal, y por tal razón, deberán ser reintegrados al demandante y posteriormente a COLPENSIONES.

Afirmó, que cuando se haga el traslado de dichos gastos de administración estos habrán sufrido apreciación monetaria por el

paso del tiempo, y en aras de garantizar el patrimonio de COLPENSIONES se solicitó que el pago de los mismos se haga debidamente indexados a la fecha del cumplimiento a la presente sentencia.

PORVENIR S.A., sostuvo que no se incurrió en una prohibición legal, al contrario, la demandante suscribió el formulario de afiliación como lo manifestó en el interrogatorio de partes, y conllevó a determinar que hubo un cumplimiento al deber de información por parte de PORVENIR S.A., que realizó un traslado entre administradora de régimen de ahorro individual.

Aseveró, que los gastos de administración dan una clara afectación a su patrimonio económico toda vez, que fueron rublos cobrados en su momento referente a la gestión que realizó, misión que pudo verse empeñada de la buena fe realizada por parte de PORVENIR, por tal razón, no sería justo la condena siempre y cuando las misma AFP realizo el traslado de régimen, 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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el el 28 de septiembre de 1959; (Archivo 1, expediente, pág. 48); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de junio de 1980 hasta el 30 de junio de 1996, 552,43 semanas (Archivo 1, expediente, pág. 56, 60, 35-38); **iii)** que el 1.º de septiembre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP AIG COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., y posterior a ello, se da un traslado horizontal entre dichas A.F.P. a PORVENIR S.A., el 31 de marzo de 1999, con fecha de efectividad desde 1.º de mayo (Archivo 1, expediente, pág. 108, 132, 205); **iv)** que luego de varias transferencias entre

administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculado a PORVENIR S.A., con un total de 1.821 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (Archivo 1, expediente, pág. 140-150, 158-166, 176-186) y la certificación de (Archivo 1, expediente, pág. 188).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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 1.º de mayo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (Archivo 1, expediente, pág. 108, 132,152,188 y 211), 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 (Archivo 1, expediente, pág. 108, 132,152,188 y 211), 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.

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, 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.

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 1.º de septiembre 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 AIG COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslados allegados al proceso (Archivo 1, expediente, pág. 108,132,152,188 y 205, 211), 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

³ CSJ SL1688-2019.

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 el 15 de julio de 2021, por el Juzgado primero 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 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-wDzikiD5P4BelQ?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 **GERMÁN AUGUSTO CAMELO LUENGAS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 005 2019 00738 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 12 de julio de 2021, por el Juzgado 5.º 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 COLFONDOS S.A., el 1.º de julio de 2003, teniendo en cuenta que no hubo consentimiento informado al accionante sobre las consecuencias y efectos, tanto desfavorables como nocivos del traslado a un fondo privado; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirlo, y reconocerle la pensión de vejez, activarlo y afiliarlo en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a COLFONDOS, trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (f.º 1 medio magnético, expediente, pág. 8-9).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de septiembre de 1958; realizó aportes en el extinto I.S.S. entre 1.º de agosto 1979 y el 30 de junio de 2003, momento en el que fue visitada por un asesor de COLFONDOS, quien le brindó información acerca de que podría pensionarse a cualquier edad, sin una explicación clara, y conducente en el tema de cuanto le quedaría su pensión a futuro real mente en el fondo privado, aun así, el asesor de COLFONDOS, le aseguró al demandante que obtendría una mesada pensional superior al I.S.S., lo que motivó su traslado de cesantías a dicho fondo, el 1.º de julio de 2003, se trasladó a COLFONDOS.

Agregó, que si el demandante al estar afiliado a COLPENSIONES obtendría una pensión vitalicia equivalente a \$5.501.195, en comparación al fondo privado que obtendría una mesada pensional equivalente a \$1.589.078; no obstante, nunca le explicaron esos aspectos a través del tiempo, ni tampoco que su mesada pensional

iba quedar muy inferior en comparación si se pensionara en COLPENSIONES. Afirmó, que en el año 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud nunca fue contestada por parte de COLPENSIONES dándose un silencio administrativo negativo (f.º 1 medio magnético, pág. 7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de diciembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 1 medio magnético, expediente, pág. 171).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de validez de la afiliación, presunción de legalidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y falta de causa. (f.º 1 medio magnético, expediente, pág. 193-195).

COLFONDOS S.A., formuló como excepciones de fondo, las de Inexistencia de la obligación, falta de legitimación, vicios del consentimiento, Buena fe y Prescripción (f.º 01 medio magnético, expediente, pág. 227-229).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 1 medio magnético, expediente, pág. 330-331).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de julio de 2021, declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, realizado por el señor Germán

Augusto Camelo Luengas a través de COLFONDOS S.A.; en consecuencia, ordenó a dicha A.F.P. trasladar las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, a COLPENSIONES, quién deberá reactivar la afiliación del demandante, recibir los aportes y actualizar su historia laboral, como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S. (f.º01 medio magnético, expediente, pag 493-494).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que al no contar con 15 de años de cotización como se evidencia en su historia laboral, que el demandante estaría inmerso de una prohibición legal, por lo tanto, sería improcedente para Colpensiones tenerlo afiliado, al no ser beneficiario del régimen de transición, ni por edad ni por el número de semanas cotizadas; además de ello, aceptó la suscripción del formulario de vinculación del demandante, y todas las consecuencias e implicaciones que conllevaría el traslado del régimen.

Agregó, que el demandante hizo uso de su libre escogencia, decidió acogerse a un régimen diferente, evidenciándose además que no contaba con ninguna limitación legal al respecto, situación que COLPENSIONES conoció, y dejó que el demandante se trasladara sin ningún inconveniente, por lo tanto, solicita que se revocara la sentencia.

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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 27 de septiembre de 1958 (f.º 1 medio magnético, expediente, pág. 4); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de agosto de 1976 hasta el 30 de junio de 2003, 917,29 semanas (f.º 1 medio magnético, expediente, pág. 42-46, 197-202); **iii)** que el 14 de mayo de 2003, 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 julio

de 2003 (f.º01 medio magnético, expediente, pág. 41, 61, 215, 315, 317), y que actualmente se encuentra vinculado a COLFONDOS S.A., con un total de 1.749 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (f.º 1 medio magnético, archivo, pág. 61-70, 89-91, 102).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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 14 de mayo de 2003, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. (f.º 1 medio magnético, expediente, págs. 41, 88, 315), y actualmente se encuentra afiliado a COLFONDOS S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a (f.º 1 medio magnético, expediente, pág. 41, 88, 215, y 315), 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, 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

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, 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 **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 14 de mayo de 2003, cuando se trasladó del régimen de prima media con

³ CSJ SL1688-2019.

prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 1 medio magnético, expediente, pág. 41, 88, 215, y 315), por lo que, COLFONDOS 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 **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el del 12 de julio de 2021, por el Juzgado 5.º 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 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 **BIVIANA ORTIZ RANGEL** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 017 2019 00601 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2021, por el Juzgado 17 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 PROTECCIÓN S.A., por existir un engaño y asalto en su buena fe. 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., por lo tanto, esta (PROTECCIÓN) debe trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, (f.º02 medio magnético, expediente, pág. 6-7).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 4 de febrero de 1964; se afilió por primera vez al régimen de prima media el 22 de abril 1986; así mismo, afirmó que nunca se trasladó a una oficina de PROTECCIÓN S.A., para solicitar un traslado, y aun así, los asesores de dicha entidad, llegaron a la oficina donde laboraba la demandante, quienes le brindaron información acerca de las cesantías y las desventajas que tendría al pensionarse en un fondo público en comparación al privado, lo que motivó su traslado de cesantías a dicho fondo; en octubre de 1995, se trasladó a PROTECCIÓN S.A. Agregó, que el 20 de mayo de 2019, agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, y dicha solicitud nunca fue respondida (f.º 2 medio magnético, expediente, pág. 10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 4 de octubre de 2019, ordenándose su notificación y subsanación (f.º 2 medio magnético, expediente, pág. 76). La demanda se admitió el 24 de octubre de 2019, decretándose

su notificación y traslado a las demandadas (f.º 2 medio magnético, expediente, pág. 142).

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, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y buena fe (f.º02 medio magnético, expediente, pág. 159-162).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, (f.º02 medio magnético, expediente, pág. 227-233).

Por su parte, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º02 medio magnético, expediente, pág. 144).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de agosto de 2021, declaró “no probadas” las excepciones propuestas por la parte demandada; así mismo, declaró ineficaz el traslado de la demandante a PROTECCIÓN S.A., y ordenó a dicha entidad a trasladar todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin que se efectúe descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad, como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; y ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos de la demandante, así mismo, condenó en costas a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A.

(f.º 2 medio magnético, expediente, pág. 439-440).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que la afiliación de la demandante se realizó con plena voluntad, y que esa voluntad ha sido ratificada con más de 20 años, realizando cotizaciones al régimen de ahorro individual con solidaridad; así mismo, no sería razonable, ni jurídicamente válido, al imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no prevista en el ordenamiento jurídico vigentes al momento del traslado de régimen, por lo tanto, no tendría justificación jurídica alguna y violaría el debido proceso de COLPENSIONES, sin haber participado en el trámite de traslado debe afrontar la sentencia impugnada, a cargo de una prestación, y posteriormente, una futura pensión que pudiera reconocerse a la demandante.

Agregó, que con base en el interrogatorio de parte, la demandante lleva realizando cotizaciones al fondo privado sin preocuparse de su situación pensional a futuro, por lo tanto, COLPENSIONES no debería tener la carga de afiliar a una persona que lleva 20 años en un fondo privado. Igualmente, solicitó de que se condenara al fondo privado de devolver todos los gastos de administración, seguros provisionales y cualquier otra cantidad de dineros que fueran descontados de la demandante; así mismo, que se tuvieran en cuenta la revisión en costas, como se evidenció claramente COLPENSIONES nunca participó en el traslado del régimen de la demandante, por lo tanto, no debe asumir esa condena en costas.

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 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 4 de febrero de 1964 (f.º 2 medio magnético,

expediente pág. 7); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 22 de abril de 1986 hasta el 31 de enero de 1995, 388,71 semanas (f.º 2 medio magnético, expediente, pág. 36-37); **iii)** que el 26 de octubre 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 1.º de noviembre de 1995 (f.º 2 medio magnético, expediente, pág. 59, 244, 252 y 283) y actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., con un total de 851.57 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 2 medio magnético, expediente, pág. 253-264, 269-280, 288-297).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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, 26 de octubre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. (f.º 2 medio magnético, expediente, pág. 59, 244, 252 y 28), y actualmente afiliado a PROTECCIÓN S.A., conforme los formularios de afiliación allegados al proceso, visibles a (f.º 2 medio magnético, expediente, pág. 59, 244, 252 y 28), 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

¹ CSJ STL8125-2020.

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, 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 SL1688-2019, 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 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, 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.

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 26 de octubre 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 PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 2 medio magnético, expediente, pág. 59, 244, 252 y 28), por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra

³ CSJ SL1688-2019.

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.

Finalmente, para resolver 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 C.P.T y S.S. 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.

Así las cosas, 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 365 numeral 2º *ibídem*, dispone que: *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

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

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 27 de agosto de 2021, por el Juzgado 17 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.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ GUILLERMO ÁLVAREZ ESCOBAR** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 019 2019 00216 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 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 26 de mayo de 2021, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demanda, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, abogado **ELKIN FABIÁN CASTILLO CRUZ** en los

términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante (f.° 173)

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a PROTECCIÓN S.A., el 8 de noviembre de 1995, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, Colpensiones debe recibirlo, activarlo y afiliarlo 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.° 4-5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 16 de julio de 1960; realizó aportes en I.S.S., entre el 29 de noviembre de 1978 y el 30 de noviembre de 1995, momento en el que fue visitada 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, el 1.° de diciembre de 1995, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., donde le brindaron una información diciéndole que podría pensionarse a cualquier edad y en mejores condiciones que en el régimen de prima media con prestación definida actualmente COLPENSIONES.

Arguyó, que nunca le informaron de cómo en realidad le iba quedar su mesada pensional a futuro en PROTECCIÓN S.A., también recibió extractos en donde se informaba la rentabilidad individual, el movimiento de las cuentas, por lo tanto, 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 COLPENSIONES le quedaría una mesada pensional de \$4.915.4040, y por lo tanto, al no trasladarse se vería afectada su mesada pensional para un futuro digno. (f.° 9).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 29 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 76).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobró de lo no debido, faltá de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena Fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica (f.° 82-91).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas: declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena Fe, inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad, prescripción y excepción genérica (f.° 111-118).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 144,).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de mayo de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por el demandante el 1.º de diciembre de 1995, ante PROTECCIÓN 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 del 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 válidamente vinculado el demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; condenó a la demandada PROTECCIÓN S.A., devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de afiliación, absolver a las demandadas de las pretensiones principales; se abstuvo de imponer costas a las partes y remitir a grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES (f.º 165).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que para la fecha de la suscripción y firma del formulario del accionante, el 8 de noviembre de 1995, él tenía la plena certeza de lo que estaba firmando; así mismo, la A.F.P. tenían la obligación de dar una asesoría a sus afiliados; así las cosas, el análisis de la información suministrada por la A.F.P., y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, debió ser valorados bajo la normatividad vigente, para la fecha de la suscripción del formulario o de la materialización del traslado, con base en la Ley 100 de 1993.

Agregó, que viola gravemente el debido proceso de Colpensiones,

que sin haber participado en el trámite del traslado, es quien deba afrontar la carga de la prestación, así mismo la ley prohíbe cuando le faltaren 10 años o menos con la finalidad de proteger el bien común, que es con el cual COLPENSIONES usa para pagarle a sus afiliados. Por lo tanto, el fondo actual que pertenece el accionante debe reintegrar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones realizadas.

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 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 16 de julio de 1960 (f.º 26); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 29 de noviembre de 1978 y el 30 de noviembre de 1995, 57.29 semanas (f.º 29); **iii)** que el 8 de noviembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., con misma fecha de efectividad (f.º 55,120,135), y que actualmente se encuentra vinculado a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1.359 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de (f.º 125-134).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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 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 8 de noviembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. (f.º 55,120), y que actualmente se encuentra afiliado A PROTECCIÓN S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado

allegados al proceso, visibles a folio (f.º 55,120), 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.

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 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, se anota que 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 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.

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

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

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

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PROTECCIÓN 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 del 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.

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 08 de noviembre de 1995, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por PROTECCIÓN S.A., al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 55,120), por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas la totalidad de las 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 del demandante. 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 26 de mayo de 2021, por el Juzgado 19 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 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 **GERMÁN OTERO MARRUGO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 029 2020 00225 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre 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 23 de agosto 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 **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.º42, cuaderno del Tribunal).

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a PROTECCIÓN S.A., el 4 de marzo de 1996, y a PORVENIR S.A., el 21 de mayo de 2009, 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, al igual que el bono pensional. (f.º 1 medio magnético, expediente, pág. 5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de octubre de 1957; se trasladó del extinto I.S.S. el 4 de marzo de 1996, a PROTECCIÓN S.A., el 4 de marzo de 1996, y posterior a ello, el demandante se trasladó a PORVENIR S.A., el 21 de mayo de 2009, señaló que no se le brindó la asesoría correcta al trasladarse de un régimen público a un privado.

Agregó, que la A.F.P. PORVENIR S.A., le realizó una simulación de su mesada pensional de \$1.422.500, para el año 2019, en comparación a la mesada pensional que obtendría en COLPENSIONES de un valor de \$3.485.149, simulación hecha el día 15 de octubre del año 2019, por lo tanto, la comparación entre los dos regímenes se evidenciaba la mesada pensional que obtendría el

demandante en el régimen público iba ser ostensiblemente superior. Afirmó, que en el año 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada por Colpensiones (f.º 1 medio magnético, expediente, pág. 5-6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de agosto de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 2 medio magnético, pág. 1,2).

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, cobro de lo no debido, y buena fe (f.º 4 medio magnético, pág. 4-5).

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, cobro de lo no debido, prescripción de la acción de nulidad, y buena fe (f.º 10 medio magnético, pág. 20-22).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, traslado de los aportes a otra administradora, (f.º 3 medio magnético, pág. 15-20).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 7 medio magnético, pág. 1-2).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia

del 23 de agosto de 2021, declaró “la ineficacia del traslado” la afiliación efectuada el 4 de marzo de 1996, ante PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 1.º de mayo de 1996, declaró que el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; ordenó a Porvenir, trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación 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.; y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.º13, medio magnético, pág. 1-4).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento en contra del numeral segundo en la sentencia proferida, y que el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, adicionara a dicho numeral, incluyendo los gastos de administración a favor de Colpensiones, con el fin de que se pueda actualizar la historia laboral, así mismo la efectividad de todos los aportes dados por el señor demandante.

Arguyó, de conformidad con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 3464-2019, se expone las consecuencias prácticas de la ineficacia, y da aplicación en ella, al artículo 1746 del Código Civil, el cual se aplica por analogía al tema de las ineficacias.

Por lo tanto, en ese sentido, se expuso que dado la nulidad del acto en mención, se debió tener en cuenta que la afiliación dada por el demandante a su primer fondo privado, debió tenerse como nunca

surtida, y así los gastos de administración corresponden a Colpensiones.

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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 15 de octubre de 1957 (f.º 1 medio magnético, pág. 12); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 16 de enero de 1967 hasta el 8 de junio de 1995, un total de 32,14 semanas (f.º 4, medio magnético, pág. 27-28); **iii)** que el 4 de marzo 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 mayo de 1996 (f.º 3 medio magnético, pág. 31, 32, 33, 34, y 36-75), **iv)** el 21 de mayo de 2009, se dio un traslado horizontal, entre PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de julio del 2009, actualmente se encuentra vinculado a PORVENIR S.A., con un total de 1.174 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral y fecha de afiliación del formulario que reposa de (f.º 10 medio magnético, pág. 25, 27 a 47), y la certificación de (f.º 10 medio magnético pág. 48).

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, 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 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 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, el demandante, el 4 de marzo de 1996, se trasladó al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN, (f.º03 medio magnético, pág. 31, 32, 33, 34, y 36-75), y, después de darse un traslado horizontal 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 (f.º 10 medio magnético pág. 25, 70-71), 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:

¹ CSJ STL8125-2020.

“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, 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, 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.

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 4 de marzo 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 PROTECCIÓN., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 3 medio magnético, pág. 31-33 y 34), así como la sucesiva afiliación horizontal entre 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** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de agosto de 2021, por el Juzgado 29 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.

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