TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-04- noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario:	110013105-036-2018-00699-01
Demandante:	JAVIER MAURICIO MORA CHITIVA.
Demandada:	CORPORACIÓN EL MINUTO DE DIOS.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en la Ley 2213 de junio 13 de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver a resolver el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Javier Mauricio Mora Chitiva llamo a juicio a la Corporación el Minuto de Dios, para que previo los trámites legales, se declarara que existió una relación laboral entre las partes. En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar las sumas percibidas por concepto de *"liquidaciones"* correspondientes a los años 2013 a 2015, junto con los intereses e indexación, hasta que se haga efectivo su pago.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que el 24 de octubre de 2011 suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con una duración inicial de 6 meses, finiquitando el 23 de abril 2012; que el salario pactado era de $2.500.000; que solicitó certificación laboral, la cual fue expedida por la Coordinadora de Gestión de Talento Humano Johanna Patricia Ballesteros Vargas, en la que se indica que el actor laboró en la Corporación Minuto de Dios desde el 24 de octubre de 2011, desempeñándose como director nacional de convenios fondo de adaptación con un contrato a término fijo y asignación salarial de $4.680.900, para el 2013; igualmente se expidió certificación signada 18 febrero de 2014, donde consta que salario devengado para tal calenda era de $4.770.000, desempeñando el mismo cargo.

Posteriormente, mediante memorando CMD-CI-DGH-278-2015, la coordinadora de gestión de talento humano, comunicó al accionante que la Corporación Minuto de Dios a través de la gerencia decidió realizar un ajuste a su salario quedando finalmente de $4.950.000, para el 25 de febrero de 2015, y conforme a ello mediante solicitud del accionante se expide certificación con fecha del 10 de septiembre de 2015 donde consta que trabajaba para la

Corporación Minuto de Dios desde el 24 de octubre de 2011, con un contrato a término fijo, y la asignación salarial antes mencionada.

Aunado a lo anterior, manifestó que el extremo inicial de la relación laboral fue el 24 de octubre de 2011, como se consignó en las certificaciones referidas y finalizó el 23 de octubre de 2015. Agregó que, en el 2013 fue enviado a la ciudad de Santa Marta, continuando con su contrato base, que para la liquidación no fueron tenidos en cuenta los recursos suministrados para su manutención, los cuales eran obligación del empleador, y hacían parte de su salario. Indicó que, de manera unilateral para el mes de marzo de 2014 se dejaron de cancelar y reconocer los recursos por concepto de su manutención, reiterando que aunque seguía vinculado contractualmente desde Bogotá, fue sometido a trabajar en otra ciudad y cubrir gastos que ascendían a un promedio de $1.500.000 mensuales, que se desmejoró su salario sin justificación y que al realizar la liquidación en octubre de 2015, no se realizaron los cálculos correspondientes al valor real de la base salarial. [1]

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Corporación Minuto De Dios, al dar respuesta se opuso a las pretensiones y otras las contestó parcialmente. Respecto a los hechos, admitió los relacionados con el contrato laboral, y la labor desempeñada, respecto a los demás, adujo que eran parcialmente ciertos. En su defensa, precisó que entre las partes sí existió un contrato de trabajo a término fijo el cual terminó por expiración del plazo pactado según consta en carta de terminación de contrato; indicó que el salario base de liquidación de sus prestaciones sociales al momento de la desvinculación de la corporación fue de $4.950.000 informando que este era el salario real devengado por el demandante al momento de su desvinculación. Propuso como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido», «falta de legitimación en la activa para actuar en contra de mi mandante» y «genérica» y como excepciones previas la de «prescripción»[2]

En audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el *A quo* declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en torno a los derechos reclamados que resultan exigibles con anterioridad del 23 de octubre de 2015. (al índice 05Audiecnia 16.11-2021)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021 resolvió:

> PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Corporación Minutos de Dios, de todas cada y una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Javier Mauricio Chitiva Mora.

[1] (01. Expediente digitalizado hasta marzo 2020, subcarpeta índice 02Subsanación. Pdf Pag 2 a 8)
[2] (01. Expediente digitalizado hasta marzo 2020, subcarpeta índice 03Contestacion. Pdf Pag 1 a 8)

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante. Liquídense con la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho.

TERCERO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que, el artículo 127 del CST establece que se constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio; le corresponde al trabajador acreditar que percibió el pago y al empleador demostrar que la naturaleza de los mismos no es de carácter salarial si así se alega.

Al analizar las probanzas, concluyó que la parte actora no probó de forma alguna que adicional a su remuneración salarial hubiera recibido la suma que indica que el escrito genitor, por lo menos desde su traslado a Santa Marta y que fuera cancelada de forma mensual como lo indicó, por cuanto en ninguno de los desprendibles de nómina se evidencia ese pago ni tampoco existe pruebas que permita corroborar lo dicho, en torno a que con su traslado su empleador se comprometió a cancelar la suma, contrario sensu, manifestó que se le reembolsaran los conceptos por lo que pasaba una factura de lo que consumía y así mismo se le hacia el reembolso y muchas veces se le giró el dinero para que pagara el sitio donde se alojaba. No cumplió con la carga probatoria que indica la norma en lo aplicable a los juicios laborales por remisión del articulo 145 Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en tanto no se probó los supuestos de hecho de la norma cuya consecuencia jurídica pretendía, por cuanto reiteró que no se acredito que se hubiera pactado que se le cancelaria adicional a su salario dicha suma, no existe probanza de que dichos rubros se hubieran cancelado hasta el 2014 como lo indicó.

Finalmente, agregó que no existe evidencia que, los gastos que le fueron reintegrados al demandante ascendieran a la suma de $1.500.000. en tal medida solo se evidencian algunos pagos realizados, y la mayoría en el año 2013 sin que obrara en el plenario facturas de los pagos realizados referentes a vivienda y alimentación diferente a la autorización de gastos por $400.000 por valor del transporte de regreso a Bogotá cuando finalizó el contrato de trabajo. Refirió que el demandante no percibió la suma anterior y menos que fue dejada de cancelar constituyendo una desmejora salarial por lo que no se probó que se hubiera cancelado dichos rubros y menos que se hubiera pactado entre las partes un incremento salarial, razón por la cual las pretensiones no están llamadas a prosperar.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente condenar a la accionada, al pago de las diferencias salariales y reliquidación de las prestaciones sociales, deprecadas en el escrito genitor.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis del proceso en controversia, cabe resaltar que no fue objeto de debate y no existe duda que entre las partes existió una relación laboral en el periodo comprendido entre el 24 de octubre de 2011 hasta el 23 de octubre de 2015, devengado como último salario la suma de $4.950.000, y que la terminación del vínculo laboral fue expiración del término pactado.

Así las cosas, la Sala centrara su estudio, en relación con la discusión sobre la suma adicional *"$1.500.000"* presuntamente percibida por el actor la trasladarse a Santa Marta, si fue o no como contraprestación del servicio pactado, si es factor salarial; en consecuencia, si es procedente la reliquidación las sumas percibidas por concepto de *"liquidaciones"* correspondientes a los años 2013 a 2015.

Al respecto, con la finalidad de abordar los problemas jurídicos planteados, procede esta Corporación a analizar, los elementos probatorios obrantes en el plenario, entre ellos, las declaraciones de los testigos Patricia Pisciotti Rojas (min. 42:50), quien indicó ser la gerente administrativa y financiera de la Corporación accionada, que conoció al actor en el 2013, que el salario devengado por éste era un básico para el 2015 de $4.950.000, que en ocasiones se le canceló por la ejecución de sus labores *"reintegro de gastos"*, lo correspondiente a transporte y alimentación, que dicho emolumentos eran cancelados, una vez fueran legalizados, es decir, cuando el accionante presentaba una cuenta de cobro y /o instructivo que la accionada, tenía para girar dicho conceptos; que desempeñó el cargo de Directo Nacional de Convenio, para el proyecto *"fondo adaptación",* que el pago del arriendo del apartamento donde habitó era cancelado directamente por la accionada al arrendador.

Por su parte la señora, Martha Isabel Arias Valencia (min 1:01:16), manifestó conocer al actor, porque trabaja en la empresa accionada, es la directora de auditoria interna; tiene conocimiento que Javier Mauricio Mora Chitiva, inició a laborar en la Corporación el Minuto de Dios en el cargo de Coordinador Nacional de Convenio, para el proyecto *"fondo adaptación",* y posteriormente fue ascendido a Directo Nacional de Convenio, para el mismo proyecto, ejecutado la labor en la ciudad de Santa Marta donde cubrió la emergencia de la ola invernal que se presentaba en ese momento; afirmó que la accionada creo un *"fondo rotativo"* o *"reintegro de gastos"* para cada uno de los empleados que trabajan en el referido proyecto, fondo que no superaba la suma de $1.500.000, cada trabajador debía presentar un formato donde se indicaban los gastos, con soporte y/o facturas a nombre de la demandada, así se legalizaban los emolumentos, por alimentación y transporte, que posteriormente se cancelaban al empleado; resaltó que mediante correo corporativo se informó a los trabajadores del Fondo de Adaptación, el instructivo especial, para la legalización de gastos generados por el desarrollo de la labor, y en el se indicaba que ello no constituía factor salarial, que el pago de la vivienda se canceló directamente al arrendador, que la última legalización que se efectuó a favor del actor fue en marzo de 2014.

Por su parte, en el interrogatorio de parte, el accionante Javier Mauricio Mora Chitiva, manifestó que, a raíz de su traslado a Santa Marta en el año 2013, se le cancelaría una manutención – alimentación y transporte-, indicó que el canon del apartamento, en ocasiones se lo consignaban en su cuenta, y lo cancelaba al arrendador, y otras veces directamente la accionada lo pagaba. Agregó que los gastos de manutención, se dejaron de cancelar en marzo de 2014, que estos no aparecen reflejados en la nómina, porque solo se cancelaban cuando lo legalizaba mediante cuentas de cobro.

De las documentales allegadas; se tiene desprendibles de nómina de los años 2013, 2014 y 2015; histórico de incrementos salariales, instructivo de legalización de gastos de viaje, correo electrónico enviado por la señora Gloria Yopasa remitido a los Gerentes, Directores y Coordinadores, informando " *Me permito dar a conocer el instructivo de viajes que a partir de la fecha regirá para todos los viajes de los funcionarios de la Corporación el Minuto de Dios y los deben tener en cuenta en el momento de la legalización de gastos de viajes*"[3]

Igualmente se tiene, certificaciones expedidas por la Coordinadora de Gestión del Telendo Humano de la Corporación el Minuto de Dios la señora Johanna Ballesteros Vargas, en las que se indica que el actor se desempeñó en el cargo de Director Nacional de Convenios Fondo de Adaptación, devengado por concepto de asignación salarial para el 2013 la suma de $4.680.900, 2014 $4.770.000 y 2015 $4.950.000, (*al índice 01 Pdf. Pag. 27 a 29),* igualmente obra liquidación del contrato de trabajo de fecha 23 de octubre de 2015. (al índice iben Pag. 31).

Aunado a ello, también se aportó, factura emitida por la accionada, por concepto de pago de hospedaje año 2013 *"servicios hospedaje 15 días de Javier mora chitiva en el edificio cristal caribeña"*, por valor de $750.000, generada a favor de Andrés Feliz González Vieira,*"*[4], factura emitida por la accionada, por concepto de servicio de hospedaje, por 15 días del mes de septiembre, a favor de Myriam Vieira Garcés/bello sol posada turística, y facturas por concepto de alimentación y transporte[5]

Conforme a dicha documental, es dable concluir que se tiene acreditado que el demandante efectivamente prestó sus servicios personales en favor de la entidad accionada desempeñando el cargo Director Nacional de Convenios "Fondo Adaptación", labor que se desarrolló en la ciudad de Santa Marta, como lo aceptaron las partes; desde el 2013 hasta el 23 de octubre de 2015, que recibía un salario básico; sin que se hubiere pactado suma o incremento adicional, a la indicada en las certificaciones labores traídas al plenario.

De otra parte, esta Corporación encontró probado, que la demandada no desconoció los derechos laborales a Javier Mauricio Mora Chitiva, según se aprecia de los mismos supuestos fácticos de la demanda y la liquidación de los contratos de trabajo, siempre se le cancelaron las sumas de dinero que

[3] 01 expediente digital Pdf Pag. 22 a 99-102 a 124
[4] 03Contesaciondemandada pdf Pag. 84
[5] 03ConestaciónDemanda Pdf, Pag.108 a 112

estimaba por la pasiva se le adeudaban por concepto manutención, una vez el accionante legalizaba su pago.

Bajo el anterior contexto, y conforme al ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia todo lo que percibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio es salario, de manera habitual y periódica los conceptos: *«prima de antigüedad, Sobrerrems. Dominicales y Feriados, Horas Extras, Recargo por Trabajo Nocturno, Alimentación y Alojamiento», por lo que para restarle la incidencia salarial a tales emolumentos independientemente de su denominación, era necesario que el empleador demostrara que su finalidad no era la retribución directa del servicio prestado por el demandante sino contribuir a que las labores por él desarrolladas se pudiesen prestar de una forma más eficiente» (CSJ SL 9826-2021)*

Siendo así las cosas, se evidencia en el plenario que lo cancelado al actor por concepto de alimentación y transporte, era para el desempeño de la labor para la cual fue contratado, no por retribución directa del servicio prestado, sino la de contribuir a que las labores desarrolladas por él se pudiesen prestar de una forma más eficiente, por tanto dichos emolumentos no pueden, entenderse como factor salarial, toda vez que, se reitera, ello no ingresaba directamente al patrimonio del trabajador, sino que se le cancelada para ejecución del contrato, en el periodo comprendido entre marzo de 2013 a marzo de 2014; las declaraciones rendida fueron conteste en indicar, que el pago por alimentación, transporte y vivienda, era para el desarrollo de su labor en el proyecto " fondo adaptación", que se ejecutó por la ola inverna que se presentaba en ese momento, en Santa Marta, y así fue aceptado por el actor, en el interrogatorio de parte cuando indicó: " *Cuando el doctor Peláez que era en su momento el gerente general en el 2012 me dijo que teníamos problemas con el convenio de Colombia humanitaria y tiene que desplazarse hasta santa marta para ponerse al frente del programa, él me dijo, consiga un apartamento para que viva y se le van a dar los recursos para que pague el apartamento, alimentación*, manutención, transporte de la ciudad, así lo hice"

Lo anterior en concordancia con los artículos 127 y 128 del CST, los cuales definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. El primero, precisa que salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones. Por el contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las

partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

Por lo expuesto, y de conformidad con las reglas de la sana crítica en los términos y con el alcance previsto en el artículo 61 del CPTSS, de las documentales que reposan dentro del plenario, se evidencia que el demandante no cumplió con una labor demostrativa y persuasiva sólida que le incumbía, esto es, acreditar que a su patrimonio ingresaba $1.500.000, por concepto de manutención, como lo manifiesta en el escrito genitor, por tanto, debe confirmarse lo decidido en primer grado.

Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

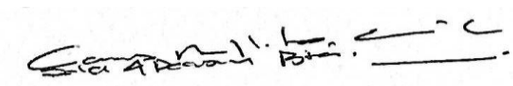
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso adelantado por JAVIER MAURICIO MORA CHITIVA en contra de CORPORACION EL MINUTO DE DIOS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

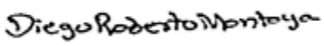
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por edicto.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **94367a5326c55488891fd7547e019a4121062356f0c58f85ab676284d204d5e8**

Documento generado en 04/11/2022 04:38:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-04- noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-020-2020-0323-01

Demandante:	PATRICIA DIAZ PUENTES
Demandada:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a proferir la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la doctora Karen Silvana Mendivelso Cuellar identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.201.041 de Bogotá, y T.P No. 267.784 del C.S de la J. como apoderada sustituta de Colpensiones.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el veintiuno (21) de abril de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones (Art 69 del CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Patricia Díaz Puentes llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -Protección S.A.- y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado a la actora actualmente por Protección S.A., en consecuencia, la inoperancia de sus

efectos, y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, solicita se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, gastos de administración junto con sus frutos e intereses, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 19 de julio de 1966, que el 17 de enero de 1985 se afilió al Sistema General Seguridad Social en Pensiones Instituto de Seguros Sociales –ISS hoy Colpensiones; en el año 1995 se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, con la AFP Protección SA. Adujo que, en el momento de la afiliación el fondo, no le brindó la debida asesoría, omitiendo explicarle entre otras cosas, los verdaderos beneficios y riesgos de trasladarse del RPMPD al RAIS. (Exp. Digital: «02 2020-323.ORD.FLS.85-87. Auto Inadmite demanda.» pag. 1 a 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones se opuso a las pretensiones. En su defensa, argumentó que, no se allegó al plenario prueba alguna que permitiera establecer la falta al deber de información que hubiese generado un vicio en el consentimiento al momento de la asesoría a la demandante para su traslado de régimen pensional.

Formuló como excepciones de mérito las de «*errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil», «descapitalización del sistema pensional» «Prescripción de la acción laboral», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima con prestación definida», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden pública» e «innominada o genérica»* Exp. Digital: «08 Contestación Colpensiones» pag. 3 a 37).

A su turno, Protección S.A. rechazó las pretensiones; para defender su causa, precisó que la afiliación a la AFP Protección es acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el cual es un contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada, en consecuencia, dicho acto jurídico celebrado cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y produce todos los efectos jurídicos derivados de este.

Formuló como excepciones de mérito las de *«Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «inexistencia del derecho y la obligación», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», e «innominada o genérica», (*Exp. Digital: «07 Contestación Protección» pag. 3 a 27).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022), resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de Prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la señora Patricia Díaz Puentes hacia la administradora de fondo de pensiones y cesantías protección S.A., 07 de enero de 1995.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-.

TERCERO: ORDENAR a Sociedad Administradora de Fondo de pensiones y Cesantías Protección S.A devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada Patricia Díaz Puentes, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y los bonos pensionales si lo hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas, Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- y Protección S.A, a favor de la señora Patricia Díaz Puentes. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a tres (3) SMLMV, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.
[…]."

El a quo consideró en síntesis que, dentro del expediente no obra medio convincente que demuestre el cumplimento del deber de información que tienen a cargo del fondo privado, dando lugar a la situación adversa de la accionante al no poder elegir de forma libre e informada la mejor decisión para su futuro pensional, lo que en consecuencia; la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar al afiliado una información completa, clara, comprensible y oportuna sobre las características de ambos regímenes pensionales, aclarando que el formulario de afiliación no acredita la existencia del consentimiento informado. Finalmente, expresó que la simple firma del formulario de afiliación, al igual que las afirmaciones consignadas en los formularios preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. En consecuencia, se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, declaró no probada la excepción de prescrición.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones sustentó el recurso de apelación, manifestando que, dentro del proceso no se logró acreditar que Colpensiones violó los derechos fundamentales de accionante, en el interrogatorio de parte manifiesta la actora que ella realiza el traslado sin coerción. Además, no reúne los requisitos del artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificado por el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el que indica que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten menos de 10 años o menos para pensionarse, teniendo en cuenta que el 07 de septiembre de 2021, fecha en que se admite la demanda, pues la demandante contaba con 55 años en consideración que nació el 29 de julio de 1966 concluyendo la imposibilidad del traslado según esta normativa. (Min 1:12:10).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Patricia Díaz Puentes del RPMPD al RAIS administrado por la Protección S.A.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de apelación los siguientes supuestos fácticos: i) la demandante nació el 19 de julio de 1966 (Pág.l 19, Índice 03); ii) se afilió a Colpensiones el 17 de enero de 1985 aceptado por la accionada, (pag. 4 al índice 08.) y el 07 de enero de del año 1995 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Protección (pág. 23 al índice 03)

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 01/10/20 (Exp. «al índice 01. Pdf» *83*) tenía cumplidos 54 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones («Exp. «*Expediente Administrativo carpeta Pdf» 88 a 89*) cuando ya había superado la edad de los 47 años, limite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, doctrina que considera la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, la que reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio u omisión alguna de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Doctrina que ha explicado que, si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En las más recientes providencias, la honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres periodos, el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009

hasta 2014 y el último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, para la fecha del traslado de la actora, la administradora de fondos de pensiones tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil a razón que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por al formulario diligenciado que no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme la efectuó la a quo.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y

necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C. que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, además de las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

"*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta 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.*"

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Razones expuestas que permiten concluir que el recurso de apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el a quo en sentencia del 21 de abril de 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena a Protección S.A. cubre la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados, actualización de valor que abarca *"los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos" (SL1499-2022)*, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *"los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen".* Bajo un criterio de

devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque "*los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima"* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima."

En consecuencia, se adicionará el numeral Tercero de la sentencia recurrida, para ordenar a Protección S.A. que retornen a Colpensiones el porcentaje en relación con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que estas entidades cobraron debidamente indexados, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, en el numeral tercero y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral Primero y Segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del Veintiuno (21) de abril de dos mil dos (2022).

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral Tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de:

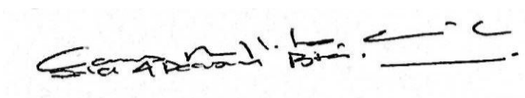
ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora PATRICIA DIAZ PUENTES en el Régimen de Morro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliada a estas administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin Costas en esta instancia

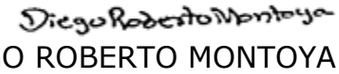
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por Edicto



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **04eacf61d8b1744818fef6b6c05c03d8a883da492ebd824a30f766b06513a963**

Documento generado en 04/11/2022 04:39:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-04- noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 036-2019-00664-01

Demandante:	LEONOR CATALINA POSADA CASTILLO
Demandada:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A, Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la accionada Colpensiones y Protección S.A contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá del nueve (09) de mayo de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Leonor Catalina Posada Castillo llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A.- Colfondos Pensiones y Cesantías S.A, y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declarare la nulidad el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Colfondos S.A.-. Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los frutos, intereses y rendimientos, costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el día 13 de febrero de 1962; que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones, 30 de abril de 1994 y que al mes de marzo de 1999, ante una campaña de información de la AFP firmó formulario de traslado de RPM al de RAIS con destino al Fondo de Pensiones ING Colmena hoy Protección S.A, que el mes de agosto de 2001, decidió cambiarse de administradora a Colfondos Pensiones y Cesantías, no siendo asesorada, ni informada por la AFP, de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta; respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones al momento de dicha afiliación. Con notables diferencias en los montos pensionales esperados entre un régimen y otro, también manifestó que el 28 de junio de 2019 solicitó la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional ante Colpensiones, Colfondos S.A y Protección, obteniendo respuesta negativa a estas (*01. Expediente Digital pdf. 3 a 20*).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, argumentando que en el asunto no existe causal que haya viciado el consentimiento de la demandante al momento de suscribir el contrato de administración de pensiones obligatorias, ya que la afiliación se realizó de manera libre, consiente y voluntaria, exenta de nulidad, de acuerdo a los paramentos establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de ella la firma del formulario.

Formuló como excepciones de mérito las de *«Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de Ineficacia de Traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera» «buena fe» «cobro de lo no debido» «falta de causa para pedir» «presunción de legalidad de los actos administrativos» «prescripción» «inexistencia del derecho reclamado», e «Innominada o genérica».*[1]

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. Se opuso la prosperidad de las pretensiones. Formuló como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación» «falta de legitimación en la causa por pasiva» «buena fe» «ausencia de vicios del consentimiento» «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad» «ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A» «prescripción» «compensación y pago».*[2]

Protección S.A. Se opuso la prosperidad de las pretensiones. Formuló como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir» «buena fe» «prescripción» «aprovechamiento indebido de los recurso públicos del sistema general de pensiones» «reconocimiento de*

[1] (Exp. Digital: *«03ContestacionColpensiones.pdf»* Págs. 3 a 30)
[2] (Exp. Digital: *«09Contesación Colfondos pdf 1 a 13»*).

restitución mutua en favor de la AFP» «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» «innominada o genérica».[3]

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día nueve (09) de mayo de dos mil dos (2022), resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora Leonor Catalina Posada Castillo del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, el 02 de febrero de 1999, a través de la sociedad administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a Colfondos S.A, a normalizar la afiliación de la actora en el sistema de información de los afiliados a los Fondo de Pensiones SIAFP y a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros provisionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión de garantía mínima sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección a trasladar a la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, la totalidad de los valores que haya sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de esta con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costas de las primas de los seguros provisionales y los aportes realizados al fondo de garantía mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a Protección S.A Colfondos S.A y Colpensiones. Liquídese como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV a casa una de ellas […]."

Señaló que, las administradoras de fondo de pensiones accionadas,

[3] (Exp. Digital: *«06Contesación Protección S.A pdf 1 a 19»*).

Protección S.A y Colfondos S.A. incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa, tal información influyó en la decisión de trasladarse de régimen y permanecer en este, por lo que además incumplió sus deberes de buen consejo de asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad de regímenes pensionales, resalto que el formulario de afiliación no suple, la obligación de la AFP de explicar las característica del RAIS. Por tanto, declarado la ineficacia de tal afiliación y conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, las cosas debían retrotraerse las cosas a su estado anterior, con el traslado de todos los aportes, con rendimientos, comisiones y gastos de administración, lo cual no afectaba la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Frente a la excepción de prescripción, no prosperaba por estar ligada tal ineficacia al derecho pensional, que es imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, con fundamento en que no se probó el engaño sufrido por la actora, ocasionado por las AFPs., así como la falta de información al momento de la asesoría, en donde se suscribió formulario de afiliación el cual evidencia que, la afiliación se llevó a cabo libre de apremios y por voluntad del demandante, de acuerdo a la normatividad para la época, el cual no manifestó su deseo de retractarse durante el tiempo que estuvo afiliado, sin que la actora pueda cambiar de régimen pensional de acuerdo a su edad, lo que ratifica que dicha afiliación goza de plena validez y por ello, la accionante no tiene derecho a regresar al RPMPD, máxime que esto afecta el principio de sostenibilidad financiera, siendo que era carga de la parte actora probar algún error o vicio, inversión de carga que no es automática. Finalmente se debe tener en cuenta, los actos de relacionamiento, toda vez que, la actora, se trasladó entre dos fondos privados, ratificado su querer de permanecer al RAIS y seguir construyendo pensión en el régimen de pensiones, pues no es suficiente el traslado de todos los rendimientos, sino que es el Estado el que subsidia el valor de la pensión (min. 1:12:55).

Por su parte, la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA, apeló la decisión parcialmente, con fundamento en cuanto a los gastos de administración, y lo que respecta a los gastos del seguro previsional, indico que estos, son comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, realizado conforme a la ley, además expresó que lo correspondiente a los rendimientos financieros generados, y lo descontado por comisión de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión no destinada a financiera pensión de vejez, que junto a las demás sumas ordenadas, no está de acuerdo con que al declararse la ineficacia de la afiliación, no puede desconocerse que lo administrado tuvo frutos y mejoras como son rendimientos financieros, por lo que su representada estaría facultada a mantener la cuota de administración descotadas en la afiliación, pues ya se están trasladando

rendimientos financieros, de acuerdo a lo expuesto por la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020 por la nulidad de afiliación debe aplicarse el Decreto 3995 de 2008 (art. 7), que por traslado de régimen, incluye el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima, no así respecto de lo descontado por comisión de administración. Por la prima del seguro previsional, no lo comparte lo ordenado, porque tales descuentos se hicieron bajo Ley y girados a la asegurada contratada, en concepto citado, se expresó que este tampoco debería ser objeto del traslado (min. 1:19:00).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada Colpensiones presentó alegatos, en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y en el recurso de alzada respectivamente, solicita se revoque el fallo de primera instancia. Las demás partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Leonor Catalina Posada del RPMPD al RAIS administrado por la Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 13 de febrero de 1962; ii) Reporta cotizaciones al RPMCPD desde el 30/04/1987,[4] y ii) 02 de febrero de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-, a través de la Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A (fl. 12, 01ExpedienteDigital.pdf).

Aunque la accionante alcanzó la edad de 57 años el 13 de febrero de 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones, Protección y Colfondos S.A., (fl. 18 a 39 01Exp. Digital.pdf.) cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 59.57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (al índice

[4] 02Conestación Colpensiones-02ExpAdministrativo)

02ContestaciónColpensiones:«02ExpAdministrativo), en tal caso no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de 2002 de la Honorable Corte Constitucional, para retornar al régimen de prima media con prestación definida, en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, doctrina que considera la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, la que reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio u omisión alguna de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y

veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado de la actora, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan -*Tanto por el formulario de afiliación del 02 febrero de 1999 (fl. 22)*- que no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme la efectuó la a quo.

Lo anterior ya que «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, actora hubiese efectuado traslados entre AFP´s, o que hubiera permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021 señalando:

[…] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerase que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado".

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C. que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, junto a las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta 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."

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Razones expuestas que permiten concluir que el recurso de apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal las

anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el a quo en sentencia recurrida.

De acuerdo a lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *"los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos"* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *"los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen".* Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque "los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima"* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima."

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se confirmará la sentencia recurrida y que se conoce en grado jurisdiccional de consulta-. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

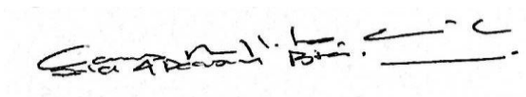
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida, el día nueve (09) de mayo de dos mil dos (2022), por el Juzgado Triente y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas esta instancia. Se confirman las de primera.

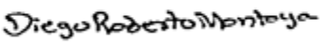
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d4a6bc84cd80d2ab0881facd48fafec9dcb398f88ce88f31578d723d31d26d98**

Documento generado en 04/11/2022 04:38:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-04- noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-029-2021-00207-01

Demandante:	CLAUDIA CECILIA JIMENEZ SAMPER
Demandada:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

AUTO

Obra con reconocimiento de personería adjetiva la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y Tarjeta Profesional No. 221.228 del C. S. de la J., como apoderada en sustitución de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- conforme memorial anexo suscrito por la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con cédula de ciudadanía No. 1.037.639.320 y Tarjeta Profesional No. 288.820 del C. S. de la J., en calidad de Representante Legal Suplente de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S., a quien se le reconoce poder general otorgado mediante Escritura Pública No. 0120 del 1 de febrero de 2021, de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS). la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá del diecisiete (17) de mayo de dos mil veintidós (2022).

I. ANTECEDENTES

Claudia Cecilia Jiménez Samper llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., para que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado

actualmente por Colfondos S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público, así como los bonos, gastos de administración y rendimientos; se efectúe la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida

Fundamentó sus peticiones, al indicar que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones en febrero de 1988, que se trasladó a Colfondos en diciembre de 1998 sin recibir una asesoría sobre las particularidades de cada régimen; señaló que el 11 de marzo de 2021 solicitó a Colfondos la nulidad del traslado de aportes de Colpensiones a la administradora privada, el traslado de la totalidad de aportes a Colpensiones, y, el 11 de marzo de 2021 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones. (Exp. Digital: «04SUBSANACION DEMANDA» *3 a 17 PDF.*).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, indicó que le traslado de la demandante fue en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen, sin ningún vicio del consentimiento. Formuló como excepciones de fondo las de *«prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales», «imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento», «cobro de lo no debido», «imposibilidad de condena en costas» y «buena fe»*[1].

Por su parte, Colfondos S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, aceptó el hecho relacionado con la fecha de nacimiento de la actora e indicó que al señor Vargas Ramírez sí se le brindó una asesoría de manera integral y completa sobre el régimen general de pensiones. Propuso como excepciones de mérito las de *«falta de legitimación en la causa por pasiva»*, *«inexistencia del de la obligación» «compensación y pago» «prescripción» «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A», «ausencia de vicios del consentimiento», «buena fe»* e *"innominada o genérica»*[2].

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día diecisiete (17) de mayo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciere la señora CLAUIDA CECILIA JIMENEZ SAMPER a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, el 14 de diciembre de 1998 con fecha de efectividad 01de enero de 1999. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

[1] (Exp. Digital: «09CONTESTACION DEMANDA COLPENSIONES PDF» pdf. Págs. *2 a 17*).

[2] (Exp. Digital: «08 CONTESTACION DEMANDA COLFONDOS PDF» pdf. Págs. *5 a 22*).

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante CLAUIDA CECILIA JIMENEZ SAMPER por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a recibir de COLFONDOS S.A, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubiere causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: Sin condena en costas...”

Al respecto se enunció que Colfondos no cumplió con el deber que le imponía la norma, es decir, no arrimó prueba con grado de certeza que implique que efectivamente se le brindó una información y asesoría al demandante para el momento en que se trasladó de régimen. En consecuencia, como quiera que se incumplió con la carga de la prueba de demostrar que se brindó la debida información a la demandante, debiendo ser el asesor del fondo privado una persona de mayor capacitación que permita explicar a cada afiliado las consecuencias del traslado, bajo lo cual decidió declarar la ineficacia de la afiliación[3].

II. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Claudia Cecilia Jiménez Samper del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Colfondos S.A.

III. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 22 de junio de 1964 ii) con cotizaciones al ISS desde el 09 de febrero de 1988 (pág. 24, al índice 04.) y iii) el 14 de diciembre 1998 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A. (pág. 40, ibídem).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que el accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 07/05/21 (índice 02) tenía cumplidos 56 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Colfondos y Colpensiones (fls. 22 a 31 índice 04) cuando ya había superado la edad de los 47 años, limite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba

[3] (Exp. Digital: 015GravacionArtiuclo77y80).

en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria, que deviene en efectos de ineficacia, del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites "… 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…", sin afectar las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, es el legislador la forma en que se afecta el acto de afiliación por el indebido consentimiento.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado del actor, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado que no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme la efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado

31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, además de las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta 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."

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Razones expuestas llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 17 de mayo de 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *"los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos"* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *"los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen".* Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque "los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima"* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de

pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.".

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo y tercero de la sentencia consultada, que, si bien hace mención de los anteriores conceptos, no así sobre las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación de traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, en el ordinal segundo y tercero y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día diecisiete (17) de mayo de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora CLAUDIA CECILIA JIMENEZ SAMPER y demandadas COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, para ordenar a COLFONDOS S.A. que retorne a Colpensiones los aportes que a nombre de la accionante existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la

accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, para ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a recibir de COLFONDOS S.A, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **11cd4886fe69d4e76e7c1e537dac127a030d881889c2e24e8378c26e6d51ecef**
Documento generado en 04/11/2022 04:40:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-04- noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-036-2020-00503-01

Demandante:	MARÍA TERESA ALBARRACÍN GÓMEZ
Demandada:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de Colpensiones y de Porvenir, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá del dieciséis (16) de mayo de dos mil veintidós (2022). De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

María Teresa Albarracín Gómez llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público, se efectúe la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a Colpensiones a contabilizar las semanas cotizadas por la demandante, para efectos de pensión.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 17 de enero de 1961 y que desde diciembre de 1986 efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones; Agregó que, con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones se encontraba laborando en AUTO FUSA S.A., y allí, en el 2003, los promotores o asesores Porvenir visitaron las instalaciones de la empresa para obtener

nuevos afiliados, por lo que, se trasladó del RPMPD al RAIS, no obstante no le brindaron información y asesoría de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente, y en general las implicaciones y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Por último, señaló que el 29 de septiembre de 2020 solicitó a Colpensiones y Porvenir S.A la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS. El 22 de octubre Porvenir S.A envió correo electrónico junto con la respuesta adjunta, no obstante, no fue posible visualizarla. (Exp. Digital: *«01. Demanda 2020-00503», «03. Demanda.pdf»*).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos indicó negarlos o no constarle ninguno de ellos. Propuso como excepciones de mérito las de *«prescripción»*, *«buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y la «innominada o genérica»*[1].

Por su parte, Colpensiones se opuso a las pretensiones y, respecto de los hechos, aceptó parcialmente los relativos a la fecha de nacimiento del demandante, las cotizaciones efectuadas ante la entidad y la reclamación efectuada, sin que le constara los demás supuestos. Formuló como excepciones de mérito las de *«inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema», «buena fe», «cobro de lo debido», «falta de causa para pedir», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción» y la de «innominada o genérica»*[2].

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día dieciséis (16) de mayo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

> "PRIMERO: Declara la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARIA TERESA ALBARRACIN GÓMEZ del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el30 de enero de 2003, a través de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

[1] (Exp. Digital: «04. Contestación demanda Porvenir 05.05.2021» «02. Contestación demanda» pdf. Págs. *1 a 29*).

[2] (Exp. Digital: «06. Contestación Colpensiones 11.05.2021» «02. Contestación Colpensiones» pdf. Págs. *1 a 24*).

SEGUNDO: Ordenar a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir imputa, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones de prescripción.

QUINTO: Condenar en costas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONBE. Liquídense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cada una de ellas.

SEXTO: Consúltese con el Superior la presente sentencia, en favor a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T y de la S.S"

Al respecto se enunció que Porvenir no cumplió con el deber que le imponía la norma, es decir, no allegó prueba con grado de acuerdo con el deber de información que implique que efectivamente se le brindó información clara, completa y comprensible a la demandante para el momento en que se trasladó de régimen, para que esta cuente con la mejor transparencia con sus usuarios; lo anterior acorde a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral. Por lo tanto, declaró la ineficacia de tal afiliación y conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, se debe ordenar a Colpensiones retornar los dineros de la cuenta individual de la demandante, incluidos los aportes, con rendimientos, comisiones y gastos de administración, todos ellos debidamente indexados. Frente a la excepción de prescripción, indicó que esta tiene vocación para prosperar por estar ligada tal ineficacia al derecho pensional, que es imprescriptible. (min. 0:44:16)[3].

II. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. a través de su apoderado, presentó recurso de apelación, manifestando en síntesis que, no se configuraron los presupuestos fácticos establecidos en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para que se declare la ineficacia del traslado pensional, además indicó, que de conformidad con la

[3] (Exp. Digital: «*12. Audiencia 16.05.2022*» subcarpeta «*01. AUDIENCIA 2020-00503 MARIA TERESA ALBARRACÍN GÓMEZ vs COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.-20220516_144255-Grabación de la reunión*»).

misma disposición, la competencia para conocer dichas reclamaciones corresponde al Ministerio de Trabajo. Agregó que, de acuerdo con el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, vigente para la época de traslado de la demandante, bastaba con el simple formulario de afiliación para probar el consentimiento libre e informado de los afiliados. Expreso que el estudio del deber de información, corresponde a un estudio juicioso según se ha expuesto en sentencia SL1452 de 2013, traslado del año 2003 vigente el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y Circular 19 de 1998, que era válido el consentimiento con la sola suscripción del formulario, como sucedió frente a la demandante, sin que se aproveche la inversión de la carga de la prueba, pues la representada no puede probar en forma diferente al formulario de afiliación. Representada que no faltó al deber de información, pues no tenía posibilidad de conocer los lineamientos posteriores indicados en Casación Laboral. Indicó que no es posible ordenar la devolución de dineros distintos a cotizaciones y rendimientos dentro del RAIS hacia Colpensiones, toda vez que, estos valores no hacen parte de la financiación pensional del afiliado; pertenecen a la AFP, como resultado de su gestión en la administración del dinero de la demandante; y, por último, generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, dado que no existe soporte normativo para dinero diferente para el traslado de cotizaciones y rendimientos; aunado la prescripción de los demás valores pues no financian la pensión de vejez de la demandante, con lo cual indica que se debe absolver a su representada. (min. 0:59:35).

Por su parte, Colpensiones apeló la decisión de primera instancia, indicando que la suscripción del formulario de traslado es prueba suficiente para comprobar aceptación libre, voluntaria y sin presión de la demandante, no obstante, de existir algún vicio del consentimiento, la recurrente guardó silencio durante más de 10 años. Asimismo, solicitó se aplicara la prohibición temporal que impide el traslado de régimen en cualquier tiempo, más aún cuando los afiliados se encuentran a menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad de pensión. En cualquier caso, la petente tiene 61 años de edad, y conforme a la historia laboral, ha aportado más de 1500 semanas, por lo que tendría derecho a recibir la pensión anticipada. Finalmente, adujó que Colpensiones no debe asumir la carga prestacional que supone el reconocimiento de la pensión de vejez de la accionante, en una gran cuantía, sin respetar el periodo de permanencia en la afiliación, además de revisarse la carga probatoria, no debe ser absoluta en favor de la demandante y tener en cuenta lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional, además de afectarse el pasivo pensional de Colpensiones (min. 1:06:48).

III. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por María Teresa Albarracín Gómez del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 17 de enero de 1961 (pág. 3, índice 01, subcarpeta 04. Anexos); ii) se afilió al ISS desde diciembre de 1986 (pág. 10, ibíd.) y iii) el 29 de septiembre de 2020 radicó petición de ineficacia/nulidad del traslado a Colpensiones y Porvenir (pág. 18 a 26, ibíd.).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 10/12/20 (pág. 1, índice 01, subcarpeta 01. Correo reparto) tenía cumplidos 59 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Porvenir y Colpensiones (pág.18 a 26, índice 01, subcarpeta 04.Anexos) cuando ya había superado la edad de los 47 años, limite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria, que deviene en efectos de ineficacia, del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites "… 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…", sin afectar las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, es el legislador la forma en que se afecta el acto de afiliación por el indebido consentimiento.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el

derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado del actor, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de

la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado que no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme la efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, además de las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta 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."

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Razones expuestas que permiten concluir que el recurso de apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por la *a quo* en sentencia del 16 de mayo de 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *"los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos"* (SL1499-2022), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *"los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen".* Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque "los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima"* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.".

Conceptos antes enunciados que se encuentran dentro del acápite resolutivo de la sentencia en consulta, por lo que en este aspecto esta debe confirmarse, aunado que en cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación de traslado por edad de la afiliada. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el

Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, en el ordinal tercero y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

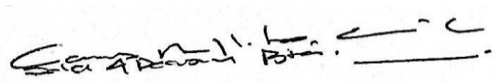
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del día dieciséis (16) de mayo de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante el señor HERNANDO VARGAS RAMÍREZ y demandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

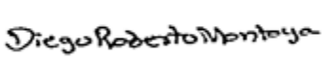
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2c2bb8314af2d6365ccf62c6f521601c46a658bd657b13fcbef64900f68eda78**

Documento generado en 04/11/2022 04:40:10 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica