



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

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-026-2020-00418-01

Demandante: ARIDAY ORTIZ ASCANIO

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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,

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 Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá del veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022).

I. ANTECEDENTES

Ariday Ortiz Ascanio llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a AFP Porvenir 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 Porvenir 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 ordene a Colpensiones a recibir a la actora y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; costas y agencias en derecho, lo que resulte probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 06 de febrero de 1997, sin embargo en el mismo hecho (1) indica que a presentación de la demanda tiene 53 años cumplidos, que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones desde el 06 de julio de 1992 hasta el 17 de julio 1994; que se trasladó a fondo privado Porvenir S.A. el 18 de julio de 1994, sin recibir

una asesoría sobre las particularidades de cada régimen, no se le informó cómo se compondría el capital para su pensión, no se le manifestó cual era el monto que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para acceder a la garantía de pensión mínima; que en 1995 se trasladó de administradora, quedando afiliada a Colpatria S.A. Pensiones y Cesantías, por razón de haber sido contratada por esta sociedad como asesora comercial pero sin capacitación sobre el Sistema General de pensiones, que el 29 de septiembre de 2000 en virtud de fusión empresarial pasa de estar afiliada a Colpatria S.A. a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A, señaló que después de consultar las proyecciones pensionales, el 05 de febrero de 2020 solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado del cual tuvo respuesta negativa, como también respuesta por Porvenir S.A. en donde se manifiesta que realizaban arduos procesos de capacitación a sus empleados pero solo tenían el formulario de afiliación. (al índice 001DEMANDAYANEXOS.PDF. Pag.1 a 7).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones frente a las pretensiones, indicó que *“el traslado realizado por la parte actora a la AFP se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente valido, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.”*. Formuló como excepciones de fondo las de *«prescripción» «cobro de lo no debido» «buena fe» y «presunción de legalidad de los actos administrativos»¹*.

Por su parte, Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, argumentado que nunca omitió brindar información transparente real y suficiente a la parte demandante ni faltó al deber de buen consejo, de allí que la afiliación del 18 de julio de 1994 correspondió a una decisión libre, voluntaria e informada, soportada en declaración escrita de acuerdo al artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación», «buena fe» «prescripción», «compensación»²*.

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante ARIDAY ORTIZ ASCANIO, al régimen de ahorro individual con solidaridad.

¹ (Exp. Digital: «010.Contestacion demanda Colpensiones.» pdf).

² (Exp. Digital: ««017.Contestacion demanda Porvenir.» pdf).

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIÓN PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de estas instancias al fondo de pensiones Protección fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000)."

Consideró que frente al deber legal de información suficiente, este no se supedita en el formulario suscrito, y es la AFP quien debe demostrar aquella debida información, no siendo posible establecer la información suministrada a la actora cuando firmó la documental de afiliación, tampoco que la actora recibiera cartillas que enuncia la demandada y que del interrogatorio de parte, en calidad de trabajadora de los fondos pensionales, se indicó que la actora no recibiera capacitación de tales circunstancias, refiriéndose a las condiciones del régimen pensional (min. 35:00)³.

II. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, sin recurso de apelación por las demandadas, 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 Ariday Ortiz Ascanio del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir 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 06 de febrero de 1967 ii) con cotizaciones al ISS desde el 22 de mayo de 1989 (pág. 30, al índice 01.) y iii) el 18 de julio de 1994 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. (pág. 34, ibídem); así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 13 de marzo 1995 a Colpatria S.A., desde Porvenir S.A (al índice 01. Pdf. 35).

³ (Exp. Digital: 0.24GravacionArtiucl077y80).

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 07/07/20 (índice 02) tenía cumplidos 53 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Porvenir SA y Colpensiones (pág. 31-43, índice 01) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite 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 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 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 1º 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 supe 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*, por demás que el interrogatorio de parte a la demandante en cuanto a la afiliación a Porvenir, se indicó que lo informado era atinente a la indicación que el Seguro Social se iba a terminar y que Porvenir era el mejor fondo, y que a partir de 1995 fue asesora comercial de Colpatria, en donde la labor se fundamentaba en el cumplimiento de metas, en la finalización del Seguro Social y que representaban al mejor fondo, que las capacitaciones eran por la captación de clientes, sin recibir capacitaciones en materia pensional, enterándose en 2018 de las diferencias entre ISS y Porvenir S.A. (min. 8:18), de lo cual propiamente no se puede obtener confesión en el sentido que la demandante mantuviera una comprensión experta y obtuviera conocimiento informado, al momento relevante que origina la ineficacia, como es al traslado de régimen.

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 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 llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 25 de agosto de 2022.

Sin embargo, 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 inexecutable 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 Segundo de la sentencia recurrida, para ordenar a que se retorne 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, 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, 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 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 veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticinco (25) de junio de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora ARIDAY ORTIZ ASCANIO y demandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.

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

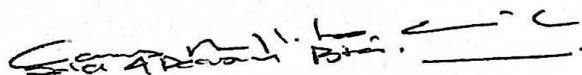
ORDENAR a la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES — COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ARIDAY ORTIZ ASCANIO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, 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: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

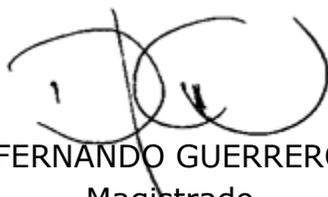
CUARTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

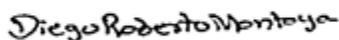
Notifíquese por EDICTO.



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: **684a12e72472b725b3ec1edeb4c2827b03c4fef307677edd3d4e35a0a42d0e12**

Documento generado en 30/11/2022 04:53:19 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

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 029-2021-00408-01

Demandante: MARIA JUDITH VELEZ VELEZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE
PENSIONES 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 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 los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá del nueve (09) de junio de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

María Judith Vélez Vélez 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 que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Protección S.A.-. Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. 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, así como los rendimientos y demás sumas causadas a favor de la demandante; y a Colpensiones a contabilizar para efectos de pensiones, las semanas cotizadas por la actora, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el día 12 de junio de 1965; se afilió el enero de 1989 al Sistema General de Pensiones a través del

Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones. Expuso que, en el mes de octubre de 1994 se trasladó a la AFP Protección S.A, que no fue asesorado, ni informado 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; que acredita más de 1538 semanas; que solicitó el 01 de septiembre de 2021 ante Colpensiones y Protección nulidad del traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa a esta. (Exp. Digital: «01. Demanda» pdf. 01 a 21).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que dentro de la documental aportada con el traslado de la demanda no obra prueba alguna de algún vicio del consentimiento y el traslado se efectuó en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen. Formuló como excepciones de mérito las de «*prescripción y caducidad*», «*buena fe*», «*Inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunión los requisitos legales*», «*imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*», «*cobro de lo no debido*», «*imposibilidad de condena en costas*» y las *innominada o genéricas*¹.

Por su parte Protección S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, que el acto del traslado es válido y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el formulario de vinculación se suscribió en forma libre y espontánea. Formuló como excepciones de mérito «*prescripción*», «*buena fe*», «*inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*», «*aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones*», «*reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*», «*inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*» e «*innominada o genérica*»²

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día nueve (09) de junio de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que hiciere la señora MARIA JUDITH VELEZ VELEZ identificada con C.C No 42.887.106, realizada ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, con fecha de solicitud 08 de septiembre de 1994 y fecha de efectividad 01 octubre de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, que la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con

¹ (Exp. Digital: «07ContestacionColpensiones.pdf» Págs. 02 a 49)

² (Exp. Digital: «09ConestacionProtección.pdf». 2 a 21).

solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante María Judith Vélez Vélez, como 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 la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: Sin condena en costa.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en os términos del artículo 69 del C.P.T y la S.S. [...].”

Señaló en fundamento que Protección S.A. incumplió su deber de proporcionar una información clara y completa, lo que influyó en la decisión de trasladarse de régimen y permanecer en este, obligación de consentimiento informado que corresponde a la AFP sobre las características de cada régimen. Por tanto, declaró la ineficacia de tal afiliación y ordenó el traslado de todos los aportes.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A., sustento el recurso contra la anterior decisión, argumentando para ello, el formulario era el documento válido para la afiliación, que en Casación laboral se ha mencionado sobre los actos de relacionamiento, toda vez que existía la información por parte de Protección, que podía ser consultada en diferentes medios, y a la cual tenía acceso la accionante, conforme el interrogatorio practicado. Agregó que, cumplió con la carga de la prueba, al acreditar que brindo la información que para esa época debía indicarse a los futuros afiliados, explicó sobre algunos beneficios que se obtendrían en el RAIS.

Señaló que, frente los gastos administración y seguro provisional, los dineros de la accionante han sido gestionados y depositados con diligencia y cuidado, como se observa con los rendimientos financieros generados; conforme restituciones mutuas de declararse la ineficacia del traslado no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos, mejoras, rendimientos financieros, y producto de esta buena gestión de la administradora, es que se obtienen los mismos; frutos que deberán

conservarse, por haberse realizado una excelente gestión, al declarar la devolución de los gastos de administración se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa favor de la demandante y en detrimento del patrimonio de la AFP, pues estaría recibiendo los rendimientos generados por la buena administración, los cuales no constituyen parte de la cuenta de ahorro individual, si no por el contrario sería una sanción o un perjuicio, y en ese sentido este proceso no sería el idóneo para reconocerlo, además que sobre el seguro provisional su representada no puede requerir tales pagos a la aseguradora, de tal forma que le tocaría asumirlo de su propio patrimonio; gastos de administración y seguro provisional corresponden al buen manejo de recursos y proteger al afiliado. Finalmente, respecto de las costas, Protección actuó bajo el principio de buena fe, y estricto apego a las normas que regulan la materia, ya que conforme Ley 797 de 2003, su representada no podía realizar un traslado ni declarar la ineficacia, reiterando que permitió a la demandada los medios idóneos para informarse y los deberes de la actora como consumidor financiero (min: 51:32).

Colpensiones interpuso recurso de apelación, respecto a la devolución de los recursos, cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado, hay lugar al reintegro de las cotizaciones, en este caso se debe incluir los valores correspondientes, al pago destinado a los seguros provisionales y gastos de administración, situación que en este caso no se dio (min. 58:09).

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, las partes presentaron alegaciones, las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A., en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y en el recurso de alzada respectivamente, solicitaron se revoque el fallo de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

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, determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora MARIA JUDITH VELEZ VELEZ del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A.

V. 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 12 de junio de 1965 (al índice 01 pdf, 26); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 23 de enero de 1989 hasta el 30 de septiembre 1994 (al índice 08.), iii) el 08 de septiembre de

1994 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Protección S.A, efectiva el 01 de octubre de 1994 (pág. 31 índice 09).

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 27/09/2021 (índice 02) tenía cumplidos 56 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones y a Protección S.A (índice 01, Pdf 45 a 59) 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, la parte actora pretende 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, 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 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, 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, libre de toda reticencia, 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 los artículos 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. Tampoco de confesión de la actora pues no se trata sobre coacción alguna, lectura del formulario, recibir extractos o información posible en los medios dispuestos como pagina web de la demandada, sino de

una descripción de la información detallada sobre las consecuencias del traslado, de un asesoramiento leal sobre las diferencias de cada régimen, lo que no se evidencia en tal declaración (min. 6:53 y sig.).

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, que es claro que la carga de probar aquel deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, pero en concreto y facultada esta Sala para advertirlo en virtud del grado jurisdiccional de consulta, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por la aceptación de afiliación a la demandada Protección S.A. en el RAIS, que no supe, como tampoco lo haría el formulario de afiliación, aquel deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que esta 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, correspondía 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 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 los recursos de apelación no se ajustan 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 09 de junio 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. Es de tener en cuenta 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 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 inexecutable 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 adicionarán el ordinal segundo de la sentencia recurrida, que, si bien menciona los anteriores conceptos, no es así sobre, 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.

Respecto de las costas, la a quo no impuso condena por este concepto a la apelante Protección S.A, por tanto, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre ellas.

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 Segundo y se confirmará en lo demás.

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 el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día nueve (09) de junio de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora MARIA JUDITH VELEZ VELEZ y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo sentencia de primera instancia, los cuales quedaran así:

Ordenar que retorne a Colpensiones 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 esas administradoras 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: **65a693c9b9c5edc099183cfa8c6c58904ff046d5200e6c2fdc1e6110079ed26**

Documento generado en 30/11/2022 04:53:14 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

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 026-2020-00065-01

Demandante: MYRIAM ORTIZ BENJUMEA

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE
PENSIONES PORVENIR SA

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, profiere 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionada Porvenir S.A contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 02 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

Myriam Ortiz Benjumea llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A.- y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Porvenir S.A.-. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los aportes que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, rendimientos financieros, gastos de administración, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que, se afilió al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy Colpensiones, 21 de julio de 1988; posteriormente se afilió a Porvenir S.A 10 de mayo de 2000, en dicha vinculación la AFP, no se le asesoró, ni informó, de manera comprensible; respecto a consecuencias del traslado, afectando su expectativa de mesada.

Por último, manifestó que, el 04 de julio de 2019, solicitó ante Colpensiones la ineficacia del traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta negativa a la petición elevada. (Exp. Digital: «01demanda pdf»).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, argumentando que la afiliación es válida puesto que, el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria. Aceptó como ciertos los hechos relativos a solicitud presentada a Colpensiones, junto con su respuesta negativa. Formuló como excepciones de mérito las de «*prescripción*» «*cobro de lo no debido*» «*presunción de legalidad de los actos administrativos*» y «*buena fe*»¹.

Por su parte Porvenir se opuso, a la prosperidad de las pretensiones, sin aceptar los hechos de la demanda, presentó excepciones de mérito de «*Prescripción*», «*buena fe*» «*inexistencia de la obligación*» «*compensación*» e «*innominada o genérica*», considero que la afiliación de la demandante correspondió a una decisión libre e informada, bajo sustento normativo y actuar de buena fe de su representada, lo que hace improcedente solicitud de nulidad del acto de afiliación al RAIS.²

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día dos (02) de mayo de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado efectuado por la demandante Myriam Ortiz Benjumea, al régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO: Condenar al Fondo de Pensiones Porvenir a transferir a la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: Condenar en costas de esta instancia a el fondo PORVENIR fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) [...]”.

Para arribar a la anterior conclusión, en la sentencia se precisó que la Corte

¹ (Exp. Digital: «01 001. 11001310502620200006500.pdf pag. 240 a 252»)

² (Exp. Digital: «01 001. 11001310502620200006500.pdf. pag 270 a 300»).

Suprema de Justicia ha establecido, que la AFP tienen en deber de suministrar información completa para que los potenciales afiliados puedan tomar una decisión consciente de vincularse o no, que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar la información entregada, en ese sentido son las administradoras las que ostentan la carga de la prueba respecto de la información proporcionada para el momento de la afiliación.

Por lo anterior, declaró 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, como si nunca hubiera ocurrido, por ello devolver la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, aportes pensionales, cotizaciones, los gastos de administración, la AFP asumir con cargo a sus propios recurso y utilidades; valores que deberán ser debidamente indexados. Frente a la excepción de prescripción indicó no prosperaba por estar ligada tal ineficacia al derecho pensional, que es imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., apeló la decisión, argumentando que dentro del proceso no fue demostrado un dolo o daño en el momento de la afiliación, por el contrario, el asesor de la AFP; brindó una información completa, y la actora, hizo uso del derecho de libertad y escogencia. Señaló que, la inconformidad de la accionante se genera cuando se entera que su mesada pensional podrá ser inferior a la probablemente reconocida en el RPM, pero ello no es óbice para declarar una ineficacia, además pudo hacer uso del derecho de retracto y no lo hizo. Indicó que el formulario de afiliación, es un documento que se presume autentico, sus efectos e información a la actora, como se indicó en interrogatorio de parte a la actora tuvo reunión 20 minutos, quien conocía las características del régimen. Expresó que su actuación estuvo de acuerdo con las pruebas posibles según el momento del traslado, actora quien se encuentra inmersa en la prohibición del traslado bajo la Ley 797 de 2003, como norma exequible. Dio cuenta de la inconformidad a la inversión de la carga de la prueba. Se opuso al traslado o devolución de gastos de administración y prima de seguros y su indexación, que son descuentos permitidos por la Ley, incluido invalidez y sobrevivencia, sin que se encuentren en la demanda, ni fueran debatidos en el proceso, insistiendo en la excepción de prescripción, pues ello conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa. Colpensiones no presentó recurso. (05. Grabación art 77 y 80 Minuto 48:30)

IV. SEGUNDA INSTANCIA

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 Myriam Ortiz Benjumea del RPMPD al RAIS

administrado por la AFP Porvenir S.A., entidad que en alegaciones de instancia se enuncia sobre la solicitud en que se revoque la sentencia de primera instancia en tanto no se presentan vicios del consentimiento ni razón de ineficacia de acuerdo a la Ley 100 de 1993, sin que sea posible se le impongan cargas jurídicas diferentes a las del momento del traslado. Colpensiones por su parte

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 julio de 1964; ii) realizó cotización al ISS hoy Colpensiones desde 1988 a 1995 iii) el 04 de julio de 1995 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Invertir hoy Porvenir S.A: iv) el 21 de junio de 2001 se trasladó a la AFP Porvenir S.A (al índice 01 pdf 406, 407)

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 18/02/2020 (al índice 01. Acta de reparto pag, 235) tenía cumplidos 55 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones («al índice 01,.pdf» fl. 74) 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 C-789-2002 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 vinculado 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, como esta Sala lo ha expuesto, 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 *-por el formulario de afiliación de la actora-* que no supe 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, 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 del 02 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 inexecutable 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 segundo de la sentencia recurrida, para ordenar a Porvenir S.A, que retorne 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 el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, en el numeral segundo y se confirmará en lo demás.

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 el numeral primero de la sentencia proferida por el día dos (02) de mayo de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, es donde es demandante la señora MYRIAM ORTIZ BENJUMEA y demandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.

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

ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a devolver a Colpensiones 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 el accionante estuvo afiliado

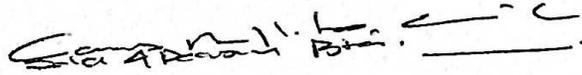
a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

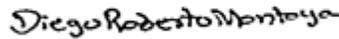
Notifíquese por EDICTO.



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: **f974e29414e9fd0adb2b89abec138eeac5fb409c0e2eb5f18dcbb2b2bc50c7f7**

Documento generado en 30/11/2022 04:53:12 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

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 021-2021-00275-01

Demandante: SOLMAR GONZÁLEZ ARIAS
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES
PORVENIR S.A y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS
COLFONDOS 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,

AUTO

Se reconocer personería adjetiva a la doctora, CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.129.580.577 de Bogotá, y T.P No. 219.992 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 los recursos de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá del tres (03) de junio de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Solmar González Arias llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A.-, Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A, y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por - Porvenir S.A.-. Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con

motivo de la afiliación del demandante, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados; y a Colpensiones recibir como afiliado al actor, sin solución de continuidad y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el día 12 de noviembre de 1960; que realizó cotizaciones desde el 30 de agosto de 1984 al 30 de abril de 2002 al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones. Expuso que, el 17 de septiembre de 2002 mediante formulario de afiliación de traslado de régimen a Colfondos SA; posteriormente hizo un traslado horizontal de Colfondos a Porvenir S.A. el 23 de agosto de 2012, que no fue asesorado, ni informado por las 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; que el 14 de diciembre de 2020 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa a esta; que el 22 de diciembre de 2020, solicitó a Porvenir anular la afiliación y el 01 de febrero de 2021, presentó similar petición a Colfondos S.A. (Exp. Digital: «01. Demanda y anexos» pdf. 02 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones, al considerar que la afiliación realizada por parte del actor, fue producto de una decisión libre y voluntaria e informada, tal y como se aprecia en el formulario de afiliación conforme el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación», y «genérica».¹

Por su parte COLFONDOS S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, la afiliación al RAIS se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administre sus aportes, siendo el RAIS, con asesoría sobre todas las implicaciones del traslado horizontal, características del RAIS su funcionamiento y diferencias con RMPD. Formuló como excepciones de mérito, las que llamo «inexistencia de la obligación» «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «compensación y pago».²

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, que no obra en el expediente prueba alguna de que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información de la AFP, tampoco que existía algún vicio del consentimiento, ni existen notas de

¹ (Exp. Digital: «06ContestacionPorvenir.pdf» Págs. 03 a 28)

² (Exp. Digital: «07Conestacion Conlfondos.pdf» pags 4 a 17).

inconformidad del demandante. Formuló como excepciones de mérito las que llamo «*ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actor de relacionamiento*», «*errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*» «*Descapitalización del sistema pensional*», «*inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida*», «*prescripción de la acción laboral*» «*caducidad*» «*inexistencia de causal de nulidad*», «*saneamiento de la nulidad alegada*», «*no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público*», «*innominada o genérica*».³

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día tres (03) de junio de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de efectuado por el señor SOLMAR GONZÁLEZ ARIAS al régimen de ahorro individual el 17 de septiembre de 2002, con fecha de efectividad a partir del 01 de noviembre del mismo año por intermedio de COLFONDOS S.A. quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR A PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante - aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor SOLMAR GONZÁLEZ ARIAS para ello se concede el término de un mes. Al momento de cumplirse esta orden, 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.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor SOLMAR GONZÁLEZ ARIAS por motivo de gastos y comisión de administración, aportes de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos y utilidades.

³ (Exp. Digital: «10ConestacionColpensiones.pdf» pags 3 a42).

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A COLFONDOS SA y COLPENSIONES.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP COLFONDOS SA y a favor del demandante, liquídese por Secretaria, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A [...].”

La Juez señaló que, no se puede señalar el traslado libre y voluntario, pues de acuerdo con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia se requiere informar sobre los efectos del traslado, lo que trata sobre el deber de otorgar información suficiente y necesaria por la AFP. Agregó que, si bien se realizó un traslado horizontal de Colfondos a Porvenir, ello no supe el deber de información, que debía proporcionar los fondos privados al momento en que se efectuó el traslado de régimen. Siendo insuficiente para ello la suscripción del formulario de afiliación. Por tanto, declaró la ineficacia de tal afiliación y conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, lo que conlleva el retorno al estado anterior de la afiliación ineficaz, lo que implica el traslado de todos los aportes, con rendimientos, comisiones y bonos pensionales si hubiera lugar a ello, lo que no afecta la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Frente a la excepción de prescripción, expresó que esta no prosperaba por estar tal ineficacia relacionada al derecho pensional, el que es imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN

En representación de Porvenir S.A., se presentó recurso de apelación contra la anterior decisión, al indicar que frente a que no se logró demostrar la información que se le brindó al demandante previo a su traslado de régimen pensional, no se puede manifestar por el demandante que desconocía las características propias de los regímenes, pues precisamente la Ley 100 de 1993 originó la obligatoriedad del sistema de pensiones y como consecuencia de ellos las condiciones de ahorro, traslado, afiliación se encuentran plenamente establecidas en la ley, razón por la cual, una vez promulgada dicha regulación era de obligatorio conocimiento por parte de todo el conglomerado nacional y como consecuencia de ello se pueden aplicar todas las consecuencias que emanaban de dicha disposición, razón por la cual el demandante no podía alegar el desconocimiento de la misma de acuerdo al artículo 9 del Código Civil, en donde se establece una presunción legal que, una vez promulgada la ley debe ser conocida por todos los habitantes sin que sea posible alegar el desconocimiento o culpa a su favor, y ello tiene sustento, precisamente, en que aun cuando la relación que une a la parte demandante con los fondos privados es un contrato, lo cierto es que, ese

contrato solo se suscribe para la administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la cuenta del demandante, pero como tal las consecuencias que derivan de dicha afiliación, así como las características propias del régimen pensional están establecidas expresamente en la ley, es por ello que el obligatorio conocimiento por los ciudadanos, debió aplicar la presunción a partir de la cual se determinara que tanto COLFONDOS como PORVENIR cumplieron con el deber de información y como consecuencia a ello no había lugar a declarar la ineficacia.

De manera subsidiaria, en caso que se condene a mi representada, se absuelva de la condena sobre devolver las comisiones de administración y el seguro previsional, estos últimos porque son un concepto pagado a terceros de buena fe, diferente de la relación contractual y que cumplió con su finalidad, esto es, cubrir el seguro de invalidez del demandante. Adicionalmente, las comisiones de administración son consecuencia de la buena gestión que realizó en el caso de la demandante, y que se vio materializado en el correcto uso de la misma, generando rendimientos, y evitar enriquecimiento sin causa, pues también se habrían generado en el RPMPD, sin que se relacionen a la pensión de vejez, son susceptibles de prescripción, sumas que tampoco se devuelven cuando existe un traslado de acuerdo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993. (Minuto 1:13:44).

Colpensiones interpuso recurso de apelación, con fundamento en que el demandante hizo el traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones; de acuerdo con el artículo 13 Lit. D) de la Ley 100 de 1993. En el caso en particular la más afectada es COLPENSIONES y en el especial el sostenimiento del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio para 2002 con Colfondos, siendo imposible recaudar la información completa del trámite del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental y si bien es cierto la jurisprudencia utiliza, para argumentar el deber de información, el Decreto 663 de 1993, este deber solo se materializó con el Decreto Ley 1748 de 2014 y el de Decreto 2071 de 2015, pues los fondos cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder probar el conocimiento libre y voluntario, por cuanto las leyes que surgieron en el año 1993 y 2014 no exigía requisito adicional al formulario de afiliación, el que fue suscrito por la parte actora en el 2002.

Indicó que, en caso se confirme la decisión, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte COLPENSIONES previo a la devolución de la totalidad de la suma obrantes en la cuenta individual del demandante como son las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administraciones y los demás a los que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado el demandante, pues el reintegro de recursos se requiere para el cumplimiento, aunado que su representada no resulte condenada en costas.

PROBLEMA JURÍDICO

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, determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por el señor SOLMAR GONZÁLEZ ARIAS 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 supuesto fácticos: i) que la demandante nació el 12 de diciembre de 1960 (al índice 01 pdf, 111); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 30 de agosto de 1984 hasta el 30 de abril de 2002 (al índice 01. Pdf 113; iii) el 17 de septiembre de 2002 se trasladó al RAIS, a través de la AFP COLFONDOS S.A (Fl. 132 índice íbidem); así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 23 de agosto de 2012 a Porvenir S.A., desde Colfondos S.A (al índice 01. Pdf. 156).

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 28/05/2021 (índice 02, Pdf. Acta de Reporta) tenía cumplidos 60 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigida a Colpensiones, Colfondos S.A y Porvenir S.A (índice 01, Pdf 123 a 134) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres 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, 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.

Doctrina que ha explicado que, si el asesor o promotor no cumple con los expuestos, 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 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, 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 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 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 supe 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 los recursos de apelación no se ajustan 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 03 de junio 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. Aunque la *a quo* así lo dictaminó, es de tener en cuenta 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 inexecutable 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 resolutorio 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 régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del 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.

Respecto al sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual la recurrente no obtuvo decisión frente al marco de excepciones presentadas, siendo procedente el sentido de condena que incluyó a Colpensiones. En lo que respecta al reparo, referente a que se indique, la fecha a partir de la cual debe activarse la afiliación del accionante, en el régimen de prima media con prestación definida; la afiliación del actor debe permitir que pueda iniciar a realizar sus cotizaciones al régimen que administra Colpensiones, por lo cual no resulta posible diferir la afiliación, lo anterior sin perjuicio del término otorgado en la sentencia recurrida para que dentro del mes siguiente a su ejecutoria se trasladen a Colpensiones las sumas por aportes y demás conceptos que estos acápites resolutorios indican

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se confirmará la sentencia de primera instancia.

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

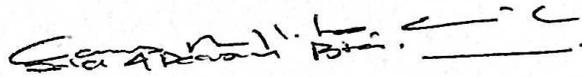
PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante SOLMAR

GONZÁLEZ ARIAS y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A

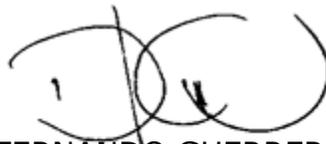
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

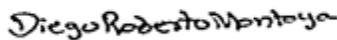
Notifíquese por EDICTO.



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: **f332b586cea4fb9a79d20537b3fee3398f611cd318dd8733c27ea1c5e03d7b11**

Documento generado en 30/11/2022 04:53:19 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

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-021-2021-00216-01

Demandante: PATRICIA CONTRERAS JARAMILLO

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN.

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 interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá del cinco (05) de julio de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Patricia Contreras Jaramillo llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A.-, Sociedad Administradora De Fondo De Pensiones Y Cesantías Protección y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por - Porvenir S.A.-. Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, gastos de administración, bonos pensionales; y a Colpensiones aceptar el traslado, recibir los aportes realizados y actualizar la historia laboral, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el día 10 de junio de 1964; que empezó a cotizar desde el inicio de su vida laboral a Colpensiones hasta el 2002. Expuso que, 15 de marzo de 2002 se trasladó de régimen a Porvenir S.A, que el 29 de abril de 2003, realizó un traslado horizontal, a Protección S.A, y posteriormente fue trasladada al Porvenir el 30 de octubre de 2003; sin haberle suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, tampoco la naturaleza propia del RAIS, ni sus características, ni su diferencia con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD- ni las condiciones que se debían cumplir en el RAIS para obtener la pensión de vejez, invalidez o muerte (Exp. Digital: «01. Demanda y anexos» pdf. 10 a 26).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones, toda vez que la afiliación realizada por parte de la actora fue producto de una decisión libre, espontánea, sin presiones o engaños, como se soporta en el formulario de solicitud de vinculación 10051923 firmado por la demandante el 15 de marzo de 2002, lo que se evidencia que la afiliación correspondió a una decisión voluntaria e informada. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» e «Innominada o genérica».¹

PROTECCIÓN S.A. con oposición a las pretensiones; al indicar que el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, según los formularios de vinculación. Formuló como excepciones de mérito las que llamo «inexistencia de la obligación» y falta de causa para pedir, «buena fe» «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones» «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «innominada o genérica».²

COLPENSIONES fundamentó su oposición a las pretensiones; argumentando para ello, que dentro del expediente no obra prueba alguna de que la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco obra indicación de la demandante a las AFP de alguna nota de inconformidad con su afiliación y que la demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Formuló como excepciones de mérito las que llamo

¹ (Exp. Digital: «08ContesaciónDePorvenir.pdf» Págs. 1 a 38)

² (Exp. Digital: «11 ContesaciónDeProtección.pdf» pags. 1 a 28).

«errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «*prescripción de la acción laboral*», «*caducidad*», «*inexistencia de causal de nulidad*», «*saneamiento de la nulidad alegada*», «*no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público*» e «*innominada o genérica*».³

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día cinco (05) de julio de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora PATRICIA CONTRERAS JARAMILLO el 15 de marzo de 2002 al régimen de ahorro individual, con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo de la misma anualidad, por intermedio de PORVENIR S.A quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy Protección S.A. y nuevamente con PORVENIR S.A; en consecuencia declarar como válida la afiliación la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante-aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora PATRICIA CONTRERAS JARAMILLO. Para ellos se concede el término de un (1) mes al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de lo ciclo IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR A PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora PATRICIA CONTRERAS JARAMILLO por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos y utilidades.

³ (Exp. Digital: «12 ContesaciónDeColpensiones.pdf» pags. 3 a 44).

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima medía con prestación definida y actualizar su historial laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN SA PORVENIR SA y COLPENSIONES.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A y a favor de la demandante. [...].”

En su decisión la a quo señaló que las administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad Porvenir S.A. y Protección S.A. deben proporcionar una información clara, veraz, oportuna, y completa, de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y consecuencias de abandonar el RPMPD, no siendo suficiente para ello el formulario de afiliación, deber de información que influyó en la decisión de trasladarse de régimen y permanecer en este, por lo que además se incumplieron los deberes de asesoría y se vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad de regímenes pensionales. Indicó que el traslado horizontal, entre régimen no convalida el deber de información que recae sobre las AFP. Sin confesión en el interrogatorio de parte, encontró viable declarar la ineficacia de tal afiliación, con el traslado de todos los aportes, con rendimientos, bonos pensionales si hubiera lugar a ello, lo cual no afectaba la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Frente a la excepción de prescripción mencionó que esta no prosperaba por estar ligada tal ineficacia al derecho pensional, que es imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., presentó inconformidad contra la anterior decisión, argumentando para ello, que dentro del proceso no se demostró alguna afectación del principios del derecho como confianza legítima, y sostenibilidad fincara, pues se generó la suscripción de la firma del formulario de afiliación y cotizaciones, lo que demuestra la escogencia de la demandante en el régimen pensional durante más de 20 años, con rendimientos en su cuenta de ahorros, más cuando la parte actora tuvo la posibilidad de retornar al RPMPD, más cuando quedo demostrado que en el 2003 a Protección, circunstancias demostraron que la actora quería pertenecer al RAIS. Adujo que, era de conocimiento de la demandante la Ley 100 de 1993, por lo que no se puede aducir que hubo una falta de información cuando al momento de la firma del formulario se había brindado una asesoría, y además de ello, el contenido de la ley 100 de 1993 es clara en expresar loa existencia de ambos regímenes pensionales, características de afiliación, las cotizaciones, información relativa a la diferencias en cada uno de los regímenes, los requisitos y modalidades para adquirir la pensión, bajo estas perspectivas,

no se puede considerar una falta de información o ausencia de información frente a la parte actora porque era su obligación como ciudadana colombiana conocer la normatividad, cuando para el 2002 no existía otra obligación de entrega de información documentada, como en fecha posterior ocurrió, afiliación del 2002 cuando la actora decide vincularse de manera voluntaria y sin presión alguna frente a su vinculación con PORVENIR y esta decisión se ratificó en el tiempo, hechos claros que hoy han sido desconocidos, decisión en donde se desconoce las obligación del consumidor financiero.

Finalmente, manifestó que no hay razón alguna para que se condene a un valores diferentes al artículo 100 numeral 13 de la Ley 100 de 1993, sin devolución por conceptos de gastos de administración y aún más, de manera indexada, pues genera una doble sanción la cual es divergente a los gastos de obligación que son de tracto sucesivo, imposibles de retrotraer, ello genera un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES, dadas las circunstancias que esta entidad no ha administrado por más de 20 años aportes de la parte actora y además de ello, los gastos de administración no van a financiar una mesada pensional de la parte demandante, ya que los gastos de administración se señalan no solo para el RAIS sino también para el RPMPD, en este caso no hay lugar a considerar una devolución por obligaciones ya causadas, pues ya se prestó la debida administración con cobertura de la cuenta de la parte actora, sumando que, frente a estos conceptos se puede declarar la prescripción y las adicionales diferentes al artículo 113 de la Ley 100 de 1993. Reiterando lo expuesto solicitó en forma principal se revoque la sentencia (Minuto 1:24:09).

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, sustentó que la demandante realizó su traslado al RAIS de forma libre, voluntaria y sin presiones indebidas, y de conformidad con el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993. En este caso en particular, enunció que COLPENSIONES es una de las más afectadas en lo ateniende a la sostenibilidad financiera del sistema, máximo, cuando la afiliación se dio para el año 2003, cuando han transcurrido más de 20 años a la fecha, configurándose un imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del formulario de afiliación del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo, pese que lo indicado en Decreto 633 de 1993 solo se materializó en Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015, ya que solo se cuenta con el formulario de afiliación. Acciones que permiten no tener en cuenta las normas que regulan la movilidad entre regímenes, pese que la persona estuvo más de 20 años en RAIS, generando riesgo a las pensiones de las personas que siempre han cotizado al RPMPD. Agregó que, de manera subsidiaria y en caso de que se confirme la sentencia, se condicione su cumplimiento, previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como son las cotizaciones y rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y los demás que hubiere lugar, debidamente indexados por el tiempo en que estuvo la demandante afiliada a la AFP. Igualmente, solicita

que no se condene en costas, toda vez que no participó en el acto que se declaró ineficaz (min 1:32:22).

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 la señora Patricia Contreras Jaramillo 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: i) que la demandante nació el 10 de junio de 1964 (al índice 01 pdf. Pág. 35); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 11 de marzo de 1992 (al índice 12 pdf pág. 46), iii) el 15 de marzo de 2002 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A (al índice 08 pág. 88), así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 29 de abril de 2003 al fondo de Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A., desde Porvenir S.A. (al índice 01. Pdf. 31), y nuevamente a Porvenir S.A. el 30 de octubre de 2003, con indicación de traslado automático, proveniente de ING (al índice 11 pág. 38 a 40)

De esta forma la ineficacia del traslado que realizó la actora 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, corresponde al 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.

Es tesis en seguimiento a lo concluido en Casación Laboral que lo anterior no corresponde a una inversión de la carga de la prueba, pues 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 supe 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 los recursos de apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, lo que confirma la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por la quo en sentencia del 5 de julio 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 inexecutable 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 resolutorio 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 régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del 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.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual Porvenir no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, de lo cual en primera instancia resultó como única condenada.

Ahora bien, en lo que respecta al reparo de Colpensiones, referente a que se indique, la fecha a partir de la cual debe activarse la afiliación de la accionante, en el régimen de prima media con prestación definida; considera la Sala que la afiliación de la demandante Patricia Contreras Jaramillo, debe permitir que la actora pueda iniciar a realizar sus cotizaciones al régimen que administra Colpensiones, por lo cual no resulta posible diferir la afiliación, lo anterior sin perjuicio del término otorgado en los numerales segundo y tercero de la sentencia recurrida para que dentro del mes siguiente a su ejecutoria Porvenir S.A. y Protección S.A. trasladen a Colpensiones las sumas por aportes y demás conceptos que estos acápite resolutorios indican

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme a las motivaciones que preceden, se confirmara la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

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,

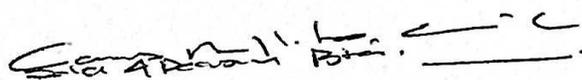
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día cinco (05) de julio de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora PATRICIA CONTRERAS JARAMILLO y demandadas PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

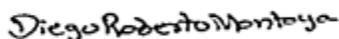
Notifíquese por EDICTO.



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: **46754ab8599e7a4a88d86d1d548c10fe0a5b4de77eb6cabddc59672650114dee**

Documento generado en 30/11/2022 04:55:33 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

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 020-2020-00269-01

Demandante: DORIS AMANDA CELY RODRIGUEZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE
PENSIONES 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,

AUTO

Conforme la documental allegada en esta instancia, se reconocer personería adjetiva al doctor, JHEISSON SANTIAGO GARZON PIAMONTE, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.435.921 de Bogotá, y T.P No. 277810 del C.S de la J. como apoderado sustituto de Colpensiones y al doctor NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.129.511.816, y T.P No. 218951 del C.S de la J. como apoderado sustituto de Porvenir S.A.

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 los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá del veintisiete (27) 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

Doris Amanda Cely Rodríguez llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A.- y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declare que la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad -RAIS- administrado por -

Porvenir S.A.-. Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, gastos de administración, bonos pensionales; y a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los aportes realizados, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el día 20 de diciembre de 1964; y que el 1º de febrero de 1978, se afilió el 01 de agosto de 1982 al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones. Expuso que, el 02 de marzo de 1996 la AFP Colpatria S.A hoy AFP PORVENIR S.A recibió formulario de afiliación de traslado de régimen; que el 03 de marzo de 1999 Porvenir S.A recibió formulario de afiliación de traslado de régimen pensional, que no fue asesorado, ni informado por las AFPs, 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; que conforme la historia laboral expedida por Colpensiones del 01 de agosto de 1982 al 01 de marzo de 1996, cotizó 547.29 semanas al RPM; que solicitó a la AFP PORVENIR una proyección de la mesada pensional; que el 27 de julio de 2020 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa a esta. (Exp. Digital: «01 2020-269 ORD-FLS.1-61. Demanda y anexos» pdf. 01 a 8).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP. Formuló como excepciones de mérito las de «Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «Descapitalización del Sistema Pensional», «Inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «Prescripción de la acción laboral», «Caducidad», «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», e «Innominada o genérica».¹

Por su parte Porvenir S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, los traslados de régimen pensional del accionante al RAIS, así como el posterior horizontal, son completamente válidos, como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria. Formuló como excepciones de mérito las que llamo «prescripción» «prescripción de la acción de nulidad» «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe»²

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

¹ (Exp. Digital: «05ContestacionColpensiones.pdf» Págs. 01 a 49)

² (Exp. Digital: «11Conestacion Porvenir.pdf»).

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintisiete (27) de mayo de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora DORIS AMAN CELY RODRIGUEZ el día 09 de marzo de 1996, al fondo Colpatria y posterior traslado horizontal a Porvenir SA (...).

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR SA, devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado la señora DORIS AMANDA CELY RODRIGUEZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES Y AFP PORVENIR SA a favor de la parte actora. Tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: ABSOLVER a todas las demandadas de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra.

SEXTO: CONSULTAR en caso de no ser apelada la anterior decisión, con el superior por haber sido adversa a los intereses de Colpensiones, entidad administradora de pensiones de la cual es garante la Nación. [...]” (min. 1:18:00)

Señaló que, Porvenir S.A. incumplió 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 asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad de regímenes pensionales. Por tanto, halló viable declarar la ineficacia de tal afiliación y conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, debían retrotraerse las cosas a su estado anterior, con el traslado de todos los aportes, con rendimientos, comisiones y bonos pensionales si hubiera lugar a ello, lo cual no afectaba la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Frente a la excepción de prescripción consideró que no prospera por estar ligada tal ineficacia al derecho pensional, que es imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, con fundamento en que Conforme a la jurisprudencia le compete al aquí demandante demostrar los vicios del consentimiento alegados, no basta para ello la simple afirmación.

Cabe advertir que resulta desproporcionado colocar la carga de la prueba en caso particular en COLPENSIONES en los que se ha declarado nulidad y resulta afectada, máxime cuando la afiliación se dio en el año 1996, queriendo decir que ha transcurrido más de 20 años a la fecha, por lo que es imposible demostrar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, hecho por el cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, pues lo cual es completamente aplicable en estos casos que nadie está obligado a lo imposible. Por ende, a la demandante le correspondía probar hechos en donde alegaba el engaño por parte la de AFP, no obstante, esta prueba brilla por su ausencia. De la misma razón, sobre la condena a costas y agencias en derecho se presenta un detrimento patrimonial en el fondo por actuaciones que mi representada no tenía injerencia. (min. 1:26:40).

La Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir SA, presenta inconformidad contra la anterior decisión, argumentando para ello, que el *A quo*, no tuvo en cuenta el principio de confianza legítima y seguridad jurídica que abarcaba para 1996 y la primera etapa del deber de información oponible para esa época, en primera medida sí se respetó la libertad de escogencia más que sintetizar y mencionar que hubo una contradicción en todo el proceso, en donde desde el inicio del libelo de mandatorio se esboza una situación de tiempo, modo y lugar de la accionante. Sin embargo, en el interrogatorio de parte existen ciertas contradicciones, entre ellas que, prácticamente fue sugerido por parte de su empleador la afiliación. Por ende, no se tiene certeza de las razones o circunstancias en la que sucede su afiliación con COLPATRIA SA, no obstante, lo anterior, si analizamos la legislación vigente para ese momento enunciamos que el decreto 663 de 1993 estipulaba un deber de información a cargo de mi representada, pero no se encontrar amparado en el principio de transparencia que se debía dar una información suficiente, clara y veraz de las afiliaciones realizadas al régimen pensional, pero en ningún de esos apartes se estipuló de manera taxativa cual era el contenido de la información directamente.

Señala que, la demandante pretende imponer una carga adicional, y desde esa carga dinámica de la prueba correspondiente a una adición o cargas de desarrollos jurisprudenciales de lo que hoy conocemos con asesoría y buen consejo, que surge con posterioridad a la época específica de la afiliación, que obra en el plenario un formulario suscrito que no fue tachado por falso y que se realizó por más de 20 años la administración del dinero de la demandante, de manera cabal, consistente a tal punto que se generan rendimientos financieros. Por ende, no es de recibo que después de 20 años de gestionado esa administración, se pretenda ahora, sin más pruebas, con afirmaciones indefinidas, y que en consonancia al Código General del Proceso no debe tenerse por probado. Más aún, cuando al momento de la afiliación no existan los parámetros sobre el deber de información que hoy tenemos.

Finalmente, indicó que la devolución del título valor y bono pensional, eso constituye una vulneración en contra de los intereses de la representada pues ese título debería ser devuelto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público,

entidad encargada de realizar todas las gestiones correspondientes a este título valor y no a Colpensiones. Finalmente, en este proceso quedó probado que la motivación en contra PORVENIR SA no va en torno a una supuesta falta al deber de información, a una negatividad de mi representada, sino una inconformidad directamente con el traslado en cuestiones de una mesada pensional, partiendo desde una visión subjetiva donde ni siquiera se tiene una simulación pensional de ninguno de los fondos privados ni públicos, por ende hay una inconformidad con la expectativa de pensionarse, sin tener en cuenta que, las condiciones y requisitos para pensionarse en cada uno de los regímenes son excluyentes, pero se encuentran consignadas por el legislador, en donde se especifica cual va a ser a forma de calcular y requisitos dependerá directamente de la capacidad de cotización y diversos factores externos, por ende éstas circunstancias son ajenas a la esfera de dominio de mi representada y dependen exclusivamente de los afiliados.

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, las partes presentaron alegaciones, las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A., en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y en el recurso de alzada respectivamente, solicitaron se revoque el fallo de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

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, determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora DORIS AMANDA CELY RODRIGUEZ del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. 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 20 de diciembre de 1964 (al índice 01 pdf, 13); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 01 de agosto de 1982 hasta el 31 de marzo de 1996 (al índice 01. Pdf 14; iii) el 12 de marzo del año 1996 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colpatria S.A (Fl. 44 ibidem); así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 03 de marzo 1999 a Colpatria S.A., desde Porvenir S.A (al índice 04. Pdf. 45).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2° 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 26/08/2020 (índice 01, Pdf. 60) tenía cumplidos 55 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (índice 01, Pdf 45 a 47) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite 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, que indujo en error a la demandante, sin haber documentado aquella AFP los efectos del traslado.

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, 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 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, 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 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 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, no siendo posible validar aquel acto que en sí genera la ineficacia, porque la actora presentara traslados entre administradoras del RAIS, pues se trata de las condiciones en que se surtió tal ingreso al RAIS.

Lo anterior no trata de una inversión de la carga de la prueba, pues 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 supe 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 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 los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, lo que conlleva confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 27 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. Aunque el a quo así lo dictaminó, es de tener en cuenta 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 inexecutable 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 adicionarán el ordinal tercero de la sentencia recurrida, que, si bien menciona los anteriores conceptos, no es así sobre, 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.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual COLPENSIONES ni PORVENIR S.A. obtuvieron sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado por la actora, esto que implica confirmar aquellas indicadas en primera instancia.

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 ordinal tercero y se confirmará en lo demás.

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 el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora DORIS AMANDA CELY RODRIGUEZ y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR al ordinal tercero la sentencia de primera instancia, cual quedara así:

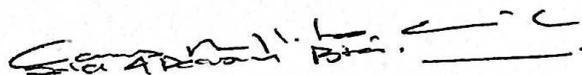
Ordenar a Porvenir S.A, que retornen a Colpensiones los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el 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 afiliado a esas administradoras 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. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

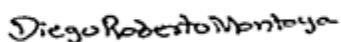
Notifíquese por EDICTO.



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: **5ef9b4b8a3a7fc1444c7e7bc5518771c0e964d1ccff8ae9db474f3da0df721b**

Documento generado en 30/11/2022 04:55:29 PM

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



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

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-013-2020-00240-01

Demandante: HERNÁN YUPANQUI LOZNO

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDO 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 interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá del veinticuatro (24) de agosto de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Hernán Yupanqui Lozno llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a AFP Porvenir 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 Porvenir 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 ordene a Colpensiones a recibir al actor y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad; costas y agencias en derecho, lo que resulte probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 15 de junio de 1957, que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones desde el 23 de febrero de 1995; que se trasladó a fondo privado Porvenir SA el 23 de abril de 1999, sin recibir una asesoría sobre las particularidades de cada

régimen, no se le informó cómo se compondría el capital para su pensión, no se le manifestó cual era el monto que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para acceder a la garantía de pensión mínima, no informó sobre la devolución de saldos, ni la opción de retracto de la afiliación; que el 27 de enero de 2020 Porvenir S.A realizó una simulación pensional; señaló que el 18 de diciembre de 2019 solicitó a Porvenir la nulidad del traslado de aportes de Colpensiones a la administradora privada, y el traslado de la totalidad de aportes a Colpensiones, el 09 de marzo de 2020 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones. (al índice 001Escritodedemanda.PDF. Pag.1 a 22).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, indicó que el demandante, se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad» «cobro de lo no debido» «buena fe»¹. Mediante auto de 16 de junio de 2022, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado que hiciera el demandante, Hernán Yupanqui Lozno, a la AFP Porvenir S.A, el 23 de abril de 1999 con efectividad a partir del 1º de junio de 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, a tener como afiliado al actor, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia Laboral del demandante (...).

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas (...).

QUINTO: CONDENAR en costas de estas instancias al fondo de pensiones Porvenir S.A. inclúyase como agencias en derecho en esta instancia y en favor del demandante (\$1.000.000) ... []

Para arribar a la conclusión, la juez de primer grado consideró que era necesario que la administradora de fondo de pensiones le hubiese informado

¹ (Exp. Digital: «018.ContestacionColpensiones.» pdf 1 a 28).

al demandante sobre las implicaciones del traslado del régimen pensional, las condiciones en que ofrecieron el traslado al actor, pues se trata de la debida información sobre las implicaciones o efectos negativos de tal decisión, por lo que dedujo que el fondo no cumplió con el deber legal de entregar la información verdadera, situación que tendría el accionante para escoger y decidir sobre el mejor régimen para obtener la pensión de vejez. Señaló que, los cambios de afiliados entre administradoras privadas o que estos no manifestaran desacuerdo alguno sobre la afiliación, no subsana la deficiencia para el momento en que se generó el traslado, carga de la prueba que se encuentra a cargo de la administradora de pensiones².

II. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, con fundamento en que “la petición de ineficacia de régimen pensional de aquellos afiliados que se encuentren en la prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003 conforme a lo indicado en la sentencia SU 062 de 2010, atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, en el sentido en que el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del RPMPD que se produciría si se permite que las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo no tuvieron en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar la suma que representaría en un futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, puedan trasladarse del régimen cuando llegaran a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía del derecho de pensión del resto de los cotizantes.

Es así como, el hoy demandante no ha contribuido a la principal característica del RPMPD que es la solidaridad, toda vez que, desde el año 1999 ha realizado cotizaciones dentro del régimen de ahorro individual de manera ininterrumpida y que las mismas no han sido objeto de reclamación alguna por parte del hoy demandante, sin embargo, manifiesta en el interrogatorio de parte que se acerca en reiteradas ocasiones al Fondo Privado y que en tales ocasiones solicita información por un posible derecho pensional. De otro lado, también manifiesta que tenía conocimiento de COLPENSIONES y aun así no solicitó dentro del término necesario el traslado al RPMPD como ante la valoración que hace el fondo privado de pensiones solicita la ineficacia del traslado, en virtud que, la liquidación que efectúa el fondo no resulta acorde con las expectativas pensionales que tiene el hoy demandante dado el tipo de liquidación que realiza el fondo privado y que se encuentra estipulado en la normatividad” (Minuto 56:20).

III. SEGUNDA INSTANCIA

² (Exp. Digital: 0.32Audiencia).

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 Hernán Yupanqui Lozno 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 los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 15 de agosto de 1957 ii) con cotizaciones al ISS desde el 01 de noviembre 1989 y iii) el 23 de abril de 1999 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. (Pág. 29 índice 002, pág. 01 índice 0.19 y pág. 38 al índice 0.16)

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 23/07/20 (índice 03) tenía cumplidos 62 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Porvenir SA y Colpensiones (fls. 5 y 30 índice 01) cuando ya había superado la edad de los 52 años, limite en el caso de los hombres 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 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, 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 1º 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 supe 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 los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, 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 24 de agosto 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 inexecutable 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 de la sentencia recurrida, para ordenar a Porvenir S.A. que retorne 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 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 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 el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante el señor HERNAN YUMANQUI LOZNO y demandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.

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

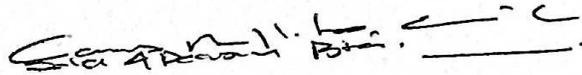
ORDENAR a la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES — COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor HERNAN YUMANQUI LOZNO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, 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 afiliado 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: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

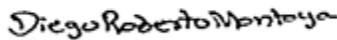
Notifíquese por EDICTO.



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: **49ad98e4b6ed25818aceb61833774db67f1b419335259b4b037f8b217821bd6d**

Documento generado en 30/11/2022 04:56:17 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

-30- noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-004-2020-00485-01

Demandante: MARIA TERESA LATORRE PARRA

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 recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, profiere la siguiente,

AUTO

Obra con reconocimiento de personería adjetiva al doctor MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.094.916 y Tarjeta Profesional No. 244,839 del C. S. de la J., como apoderado en sustitución de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- conforme memorial anexo suscrito por el doctor MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN identificado con cédula de ciudadanía No. 80.421.257 y Tarjeta Profesional No. 86.117 del C. S. de la J., en calidad de Representante Legal de la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION SAS.

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 la apoderada judicial de la accionada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el (19) de mayo 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 Latorre llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia 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, costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones en forma relevante, en indicar que nació el 02 de mayo de 1962, que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones en 06 de agosto de 1985, que se trasladó a Colfondos el 17 de octubre de 2000 sin recibir una asesoría sobre las particularidades de cada régimen, con lo cual no se habría trasladado del régimen de prima media; señaló que el 17 de noviembre de 2020 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones. (Exp. Digital: «04SUBSANACION DEMANDA» 3 a 31 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. Imposibilidad de traslado al faltar menos de 10 años para la edad mínima pensional, sin que la actora sea beneficiaria del régimen de transición y tampoco pueda solicitarse la ineficacia del traslado en cualquier tiempo. Formuló como excepciones de fondo las de *«la 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 del sistema»*, *«buena fe»*, *«cobro de lo no debido»*, *«falta de causa para pedir»*, *«presunción de legalidad de los actos jurídicos»*, *«excepción de aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021»*, *«inexistencia del derecho reclamado»*, *«prescripción»* e *«innominada o genérica»*¹.

Por su parte, Colfondos S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado de régimen se presentó en virtud de su derecho a libre escogencia al fondo de pensiones que administra sus aportes siendo el RAIS se elección. Propuso como excepciones de mérito las de *«inexistencia del de la obligación»*, *«falta de legitimación en la causa por pasiva»*, *«buena fe»*, *«innominada o genérica»*, *«ausencia de vicios del consentimiento»*, *«validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad»*, *«ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA»*, *«prescripción»*, *«compensación y pago»* e *«inexistencia de perjuicios»*².

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de MARIA TERESA LATORRE PARRA a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS SA, suscrita el 03 de noviembre de 2000(...) En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

¹ (Exp. Digital: «09CONTESTACION DEMANDA COLPENSIONES PDF» pdf. Págs. 2 a 20).

² (Exp. Digital: «15 SUBSANACIÓNCONTESTACIONDEMANDA COLFONDOS PDF» pdf. Págs. 2 a 20).

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, 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 justifique.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, que una vez, se efectuó el anterior trámite, acepté sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS SA. Fíjese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo

SEXTO CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al tribunal superior de Bogotá Sala Laboral..."

Al respecto enunció que bajo la inversión de la carga de la prueba sobre la entrega de información completa, Colfondos a quien correspondía demostrar aquella diligencia, no cumplió con el deber que le imponía la norma, es decir, no arrojó prueba que implique que efectivamente se le brindó una información y asesoría completa a la demandante para el momento en que se trasladó de régimen, más si al parecer que el formulario pudiera ser diligenciado por un empleador sin asesoría de los promotores de esta demandada, el que tampoco se aportó y que incluso de haberlo aportado, la indicación en este de aceptación del traslado, no implica la debida explicación sobre los efectos y requisitos del traslado³.

II. RECURSO DE APELACIÓN

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, apeló la decisión, argumentando que el traslado de régimen pensional, fue un negocio jurídico ajeno a Colpensiones, siendo un tercero de buena fe, que no tuvo ninguna injerencia sobre la decisión de la demandante sobre el traslado, la entidad obligada a brindar una información, clara y completa respecto de las consecuencias ventajas y desventajas del traslado, es Colfondos S.A., por ello Colpensiones debe ser absuelta de todos los pedimentos de la demanda, la que no es responsable de un tercero. Agregó que, debe tenerse en cuenta el tema de la inversión de la carga de la prueba que no puede recaer sobre la codemandada, pues la actora contaba con los medios y las capacidades para comprender que era lo que estaba firmando, quien debía ilustrarse de la mejor manera. Representada que ha actuado de buena fe, expone que declarar la ineficacia del traslado pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema y el derecho de los demás afiliados, aportes de estos de los cuáles pasa a beneficiarse la actora. En representación de Colfondos S.A. no se presentó recurso (al índice 03. Minuto 43:00).

³ (Exp. Digital:03AUDIO).

III. 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 María Teresa Latorre Parra del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Colfondos S.A.

IV. 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 02 de mayo de 1962; ii) realizó cotización al ISS hoy Colpensiones desde 1985 a 1989 iii) el 03 de noviembre de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A. (Índice 01 pág. 40, índice 09 pág. 21, e índice 08. Pág. 22 .pdf).

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 (índice 01. Pág. 424) tenía cumplidos 58 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigida Colpensiones (pág. 419, índice 01) 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 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 citada 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 de la demandante, 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 1º 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.

Ahora, en ese contexto decisonal, advierte la Sala, que es claro que la carga de probar aquel deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, pero en concreto y facultada esta Sala para advertirlo en virtud del grado jurisdiccional de consulta, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por la aceptación de afiliación a la demandada Colfondos S.A. en el RAIS y en efecto el manejo de cotizaciones por esta AFP y reporte en historia laboral de estas desde octubre de 2000 (al índice 08 pág. 24 .pdf), en todo caso lo que no supe 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 19 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 inexecutable 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 resolutorio 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 régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del 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, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme a las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

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,

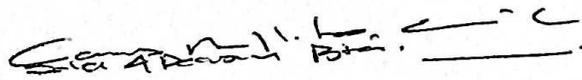
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora MARIA TERESA LATORRE PARRA y demandadas COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

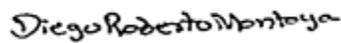
Notifíquese por EDICTO.



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: **d4c7ef1b871f7c1acfedc26dadcd69a6ff89d7888ca600179bce436360fe89b**

Documento generado en 30/11/2022 04:56:15 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

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 003-2019-00264-02

Demandante: LUIS BILL CESPEDES GARCIA

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES
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 interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá del veintiocho (28) de abril de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Luis Bill Céspedes García llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A.-, y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declarare que la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por - Porvenir S.A.-. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a registrar tal nulidad y trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, rendimientos e intereses; y a Colpensiones activar la afiliación del actor y actualizar en su historia laboral las semanas cotizadas al RAIS. En forma subsidiaria se refirió a la ineficacia del traslado al RAIS y que Porvenir S.A. registre en sus sistemas tal ineficacia y que no produjo efectos jurídicos.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que el demandante nació el día 08 de mayo de 1959; que empezó a cotizar para pensión a través de distintas cajas de previsión social, esto es por los empleadores Contraloría General de la

República desde 09 noviembre de 1984 hasta el 25 de marzo de 1988, en el Departamento Nacional de Planeación desde el 1988 hasta 1990, en el DANE de 1990 a 1992; DIAN desde el 14 /04/1995. Expuso que, en mayo de 1995 se traslado de régimen a Porvenir SA; que no fue asesorado, ni informado 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; que el 21 de enero de 2019 solicitó ante Porvenir el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa a esta; que el 22 de enero de 2019, agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones. (Exp. Digital: «01. Demanda y anexos» pdf. 7 a 22). La demanda fue admitida en auto del 23 de mayo de 2019.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES al contestar la demanda, no aceptó los hechos concernientes a las condiciones de la afiliación del actor a Porvenir S.A., en su literalidad indicó que no le constan las pretensiones, en lo que concierne a la solicitud de nulidad de la afiliación enunciada; dado que es la administradora privada la que debe probar las circunstancias y pruebas del traslado de régimen del accionante. Formuló como excepciones de mérito las que llamo «*inexistencia del derecho y la obligación*», «*prescripción*», «*cobro de lo no debido*», «*La no configuración del derecho al pago de intereses moratorios*»¹

La AFP PORVENIR S.A se opuso a las pretensiones, toda vez que la afiliación realizada por parte del actor, fue producto de una decisión libre y voluntaria e informada, tal y como se aprecia en el formulario de afiliación. Formuló como excepciones de mérito las de «*prescripción*». «*buena fe*», «*inexistencia de la obligación*», e «*Innominada o genérica*».²

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintiocho (28) de abril de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del demandante LUIS BILL CESPEDES GARCÍA del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 22 de mayo de 1995 para entender vinculado válidamente al demandante, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones (...).

SEGUNDO: CONDENAR a la PORVENIR S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante LUIS BILL

¹ (Exp. Digital: «01Demanda.pdf» pags. 90 a 96).

² (Exp. Digital: «01Demanda.pdf» Págs. 151 a 28)

CESPEDES GARCIA por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias si llegó a realizar alguna, bonos pensionales en caso que ya se encuentren redimidos, y todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder sin descuento alguno y por ningún concepto, todo conforme parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a que acepte y reciba esos dineros provenientes de Porvenir S.A. para que proceda activar la afiliación del demandante LUIS BILL CESPEDES GARCIA, como si nunca se hubiere traslado de régimen de prima media con prestación definida, y así mismo le actualice su historia laboral del en semanas cotizadas, todo conforme la parte considerativa.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas, junto con agencias en derecho a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, las cuales se tasan en esta misma diligencia en la suma de \$1.100.000 para cada una. [...]” (min. 59:46)

III. RECURSO DE APELACIÓN

La Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A., a través de apoderada presentó contra la anterior decisión recurso de apelación, expresó frente a la enunciada falta de información, que el formulario de afiliación está aprobado por las autoridades competentes, por tanto su representada no podía plantear el contenido del formulario y la manifestación de la firma deviene de una norma de orden público, así que el afiliado debía manifestarse si su afiliación la hacía de manera libre, voluntaria e informada y es el cumplimiento de un requisito legal; señaló que en el interrogatorio de parte, el demandante confesó que hizo el traslado de manera libre y voluntaria, pero además, también señaló que sí hubo una asesoría por parte de PORVENIR previo al traslado del régimen de ahorro individual, asesoría en donde se le informaron las condiciones del sistema, los beneficios del RAIS, se le hablaron de los rendimientos, de cómo podía acceder a la pensión. No comparte que su representada incumplió el deber de información, según la declaración de parte al demandante; que es claro que el demandante también tiene cargas y debe cumplir con su deber de informarse del funcionamiento del sistema, pues todos los ciudadanos deben tener el conocimiento de las leyes y normas de orden público, de manera que no se puede establecer en la cabeza de mi representada las obligaciones de enseñar a sus afiliados, y deber de información que no tiene el alcance que se exige. Sin que existiera en ese momento obligación legal de tener otra prueba para acreditar tal deber de información, mientras que con el formulario de afiliación e interrogatorio de parte, su representada sí cumplió con ese deber de información.

Finalmente expuso que el demandante como persona adulta y con cargo de gerencia podía entender el contenido de lo firmado y acto jurídico que realizaba. Ineficacia del traslado, que bajo el artículo 271 de Ley 100, es por actos que suponen un dolo, el que no está acreditado, por ello solo se tendría alguna situación de nulidad, pero ante esto no está demostrado que se engañara al demandante, pese que si tal error sea probara, el actor está tiene más de 25 años de conocerlas, pese que reconoció que se dio cuenta del error hace tres años, y durante este tiempo, el demandante ratificó su decisión. Así que, si en gracia de discusión, pudiese existir un vicio del consentimiento, por tratarse de una nulidad relativa esta es susceptible de saneamiento, el cual se encuentra acreditado en el proceso por medio de la ratificación de la afiliación. Lo anterior implica que no existen requisitos para declarar la ineficacia.

Por otro lado, dijo que no procede la condena por gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello, están sujetos a la prescripción. Además, es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera en concepto con radicado 2019 1522169003-000 de 2020, indicó que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes con su respectivos rendimientos que reposen en la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional en consideración a que la compañía de seguros cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura ante la vigencia de la póliza, y tampoco, la comisión de administración porque se cumplió con el deber de administración de buena fe y de manera exitosa. Aunado que si se ordenaran habría un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones, pues el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, dispone cuáles son los dineros para trasladar cuando existe cambio de régimen, que es el saldo en la cuenta individual y rendimientos, pues lo demás es la contraprestación por incrementar el capital del afiliado, ello equivaldría a indicar que si no se presenta el siniestro amparado se debería devolver el valor de la póliza, luego en tal lógica por las restituciones mutuas el demandante ha debido ser condenado a devolver los frutos financieros obrantes en su cuenta individual de acuerdo al artículo 1746 (C. Civil) por la nulidad del acto jurídico. Gastos de administración que al no financiar la pensión de vejez no son imprescriptibles, supuestos de condena no acreditados que permiten absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones (min. 1:02:19).

Por su parte, a nombre de Colpensiones se interpuso recurso de apelación, con fundamento en que se debe tener en cuenta que el deber de suministrar la información, para el momento de traslado, correspondía únicamente en el fondo privado. De igual forma, tener en cuenta que desde el traslado han pasado 25 años, tiempo suficiente para que el demandante hubiese manifestado inconformidad o duda con el régimen al cual fue afiliado, no continuar haciendo cotizaciones, cuando ya se ha superado el límite legal de 10 años al cumplimiento de la edad. Además, la diferenciación de los

regímenes está establecida dentro de la normatividad vigente, es decir, la Ley 100, y las normas que la han venido modificando, normas sobre las cuales no puede alegarse desconocimiento por el hoy demandante.

Señaló que, la obligación de suministrar información solo surge a partir de la circular 01 emitida por la Superintendencia Financiera en el año 2016, mientras que el traslado del demandante se hizo con anterioridad a esta fecha, razón por la cual no era obligación del fondo privado tener el soporte de la información que le suministró en el momento del traslado. Sin embargo, se advierte, como quedó demostrado en el curso del presente proceso, que el demandante contaba con la formación académica y laboral para ilustrarse o haber suministrado cualquier tipo de inquietud a quien durante la firma del formulario le realizará el traslado, aunado que podía realizar el cambio con posterioridad a esta firma, estando 5 años dentro del mismo fondo, pero dentro de este término no se observan las actuaciones del demandante para obtener traslado, lo que solo el actor realiza cuando ya está inmerso en la prohibición legal. Dio cuenta que Colpensiones administra recursos públicos, entidad a la que no se pueden recargar este tipo de omisiones, tanto del demandante como del fondo Porvenir que es el que brinda la asesoría al demandante, lo anterior a fin de que se nieguen las pretensiones del demandante y no se condene en costas a su representada. (min 1:10:50).

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 el señor LUIS BILL CESPEDES GARCIA 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 el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 08 de mayo de 1959; (pág. 23, índice 01) ii) afiliación de 09 de noviembre de 1984 Cajanal (pág. 35. Al índice 01) y iii) el 22 de mayo de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. (pág. 182, índice 01)

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 05/04/2019 (al índice 01. Pag 2ActaDeReparto) tenía cumplidos 59 años de edad, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones y a Porvenir S.A («01Demanda.pdf» fl. 48 a 50) cuando ya había superado la edad de los 52

años, limite en el caso de los hombres para solicitar el traslado de régimen de pensiones.

Si bien el accionante, no estuvo afiliada al ISS sino por Cajanal, lo cierto es que antes de la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones existían diversas cajas o fondos de previsión, que administraban el régimen pensional del sector público. La Ley 100 de 1993 pretendió unificar la administración del sistema y por ello dispuso que la cobertura progresiva de las contingencias de la seguridad social se administraría, por regla general, a través de dos regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad.

Ahora bien, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, previó que el ISS sería el administrador general del régimen de prima media con prestación definida, y que las cajas, fondos o entidades de previsión públicas o privadas solo cumplirían dicha función únicamente respecto de sus afiliados, y mientras dichas entidades subsistieran, con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a estas.

Conforme a lo anterior, es claro, que el hecho que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a la Caja Nacional de Previsión – Cajanal-, con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se entiende que, la afiliación, después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó en el régimen de prima media con prestación definida, esto es, al ISS hoy COLPENSIONES, pues es la única administradora del citado régimen.

Al efecto, la Corte Suprema de Justicia, en casos similares en donde se solicita la ineficacia del traslado de régimen pensional, teniendo como sustento fáctico que no se estuvo afiliado al ISS, sino a una caja de previsión social; declara la ineficacia de traslado, y ordena el retorno al único ente que hoy administra el RPM, esto es Colpensiones, como en efecto se enunció respecto de afiliados a Cajanal, en sentencia SL4334-2021.

Definido lo anterior, en el caso que hoy ocupa la atención de esta Corporación, 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 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, 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.

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 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 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, 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, cada 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 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 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, se trata de una conclusión dentro del 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 supe 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, como se indica por 25 años, estudios o empleos, 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, pues además tal restitución y sus conceptos

deviene de una conducta indebida en la asesoría al afiliado al momento de suscribir el formulario de traslado, providencia 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 los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, razones que llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 28 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 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. Aunque la *a quo* así lo dictaminó, es de tener en cuenta 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 inexecutable 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 segundo de la sentencia recurrida, para ordenar a Porvenir S.A, que retorne 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. Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se confirmará la sentencia de primera instancia.

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 el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, en el numeral segundo y se confirmará en lo demás.

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

I. 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 numeral primero de la sentencia proferida el veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, es donde es demandante el señor LUIS BILL CESPEDES GARCIA y demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A.-, Y A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

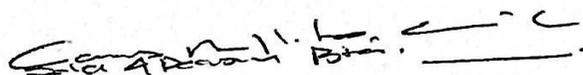
ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a devolver a Colpensiones los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros 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 el accionante estuvo afiliado 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: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

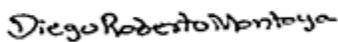
Notifíquese por EDICTO.



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: **ccbc6875eda70c922e08431e4a51e96ddfca4a41d0ad12ec87e35922d0467449**

Documento generado en 30/11/2022 04:56:15 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

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 001-2020-00218-01

Demandante: PEDRO ALFONSO SANDOVAL GAITAN

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE
PENSIONES 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, profiere 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de junio 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones. (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Pedro Alfonso Sandoval Gaitán llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A.- y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a efecto de declarar ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad -RAIS- administrado por - Porvenir S.A.-. Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, gastos de administración, frutos, bonos pensionales; y a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los aportes realizados, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar en forma relevante que nació el día 26 de mayo de 1960; y que el 04 de diciembre de 1979, se afilió al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy

Colpensiones. Expuso que, el 01 de agosto de 2000 se trasladó de régimen a la AFP PORVENIR S.A, que no fue asesorado, ni informado 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; ni se le indicó el monto del capital necesario para la respectiva pensión de vejez, ni de los requisitos para garantía de pensión mínima, que solicitó a la AFP PORVENIR una proyección de la mesada pensional; mientras que recibió promesas de pensión antes de cumplir la edad legal y superior a la que obtendría por el ISS, diferente a las proyecciones pensionales requeridas para el 2019, que solo le permitan, en caso de superar el capital mínimo necesario, una pensión por el SMLMV, expone que el 10 de diciembre de 2019 en respuesta a derecho de petición ante Colpensiones por traslado de régimen, obtuvo por esta entidad respuesta negativa, por encontrarse dentro del límite de los 10 años previos a cumplirla edad pensional. En auto del 16 de abril de 2021 se admitió la demanda (Exp. Digital: «01 Cuaderno Principal» pdf. 78 a 102).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. al contestar la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones; argumento para ello, que el traslado de régimen pensional del accionante al RAIS, fue una decisión libre e informada, de acuerdo al formulario de afiliación, sostenida así por el demandante por más de 20 años. Defensa que funda su actuar en las disposiciones legales que rigieron la afiliación del actor, que de haber existido alguna nulidad, tal permanencia como afiliado, ratificó tal acto, sin que puedan traerse otras causas de analogía para la ineficacia pretendida, siendo diferente los fundamentos legales para la nulidad como para la ineficacia. Formuló como excepciones de mérito las que llamo «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «compensación»¹

Colpensiones en contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones y no aceptó los hechos fundantes de aquellas, toda vez que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación, demandante que durante 21 años mantuvo así su afiliación, que la AFP, sin que resulte procedente requerir normativa no existente al momento de la afiliación del demandante, quien tiene obligaciones a su cargo y sin que puedan aplicarse reglas generales sin tener en cuenta cada caso en concreto. Formuló como excepciones de mérito las de «*aplicación del precedente en la sentencia SL373 de 2021*», «*error sobre el punto de derecho que no vicia el consentimiento*», «*prescripción*», «*presunción de legalidad de los actos administrativos*», «*cobro de lo no debido*», «*buena fe*» e «*Innominada o genérica*».²

¹ (Exp. Digital: «01 Cuaderno Principal pdf » pag 138 a 182).

² (Exp. Digital: «01 Cuaderno Principal pdf» Págs. 189 a 211)

Mediante auto del 25 de marzo de 2022, se tuvo por contestada la demanda por las convocadas, posteriormente el 15 de junio de 2022 se desarrollaron las audiencias del artículo 77 y 80 del CPTSS.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día quince (15) de junio de dos mil dos (2022), resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante señor Pedro Alfonso Sandoval Gaitán identificado (...), a través del fondo administrado por la sociedad demandada Porvenir S.A. (...)

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada Colpensiones autorizar el traslado del demandante señor, Pedro Alfonso Sandoval Gaitán (...) al régimen de prima media con prestación definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS (...).

TERCERO: ORDENAR a la PORVENIR S.A., a trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por el demandante señor Pedro Alfonso Sandoval Gaitán (...) en el régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante (...).

CUARTO: DECLARAR que Colpensiones, puede obtener por las vías judiciales pertinente el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia. [...].

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., a través de su apoderado, presentó recurso de apelación, expresó que bajo el artículo 9 del C. C., implica que la Ley es conocida por todos los habitantes, y que de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional en sentencia SU-130 DE 2003, se tiene que la ley 100 de 1993, estableció el Sistema de Seguridad Social Integral de Pensiones bajo dos regímenes solidarios y excluyentes, pero que coexisten cada uno de los cuales presentan particularidades. Por un lado, tenemos el RAIS, y por otro RPMD, luego entonces, por tratarse de un régimen obligatorio y de orden

público, las normas de afiliación del traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPDM como en el RAIS se encuentran debidamente definidas en su totalidad por la Ley que fue debidamente promulgada, por lo que, a partir de ese acto se hace razonable la efectividad de las consecuencias jurídicas que pueden seguirse de su inobservancia, sin que las partes tengan la libertad de pactar condiciones distintas, luego en este escenario el demandante debía conocer la información que le permitía tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional sin que pueda aducir que PORVENIR abuso de su posición dominante y menos que, el demandante este relevado de demostrar las circunstancias que le impidieron conocer la ley 100 de 1993. Ahora bien, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Constitución, la parte demandante le asiste la obligación de conocer la ley, por lo que, carece de fundamento razonable, que por no poseer educación específica tiene dificultad para conocerla y que por ello estaba imposibilitado para conocer sobre las implicaciones de su decisión de traslado pensional, y es que el deber de observar las normas jurídicas hace parte de todo ordenamiento jurídico, por lo que su observancia no puede ser a voluntad de cada uno, de lo contrario se imposibilitaría el cumplimiento legal.

Señaló que, en caso en que se confirme la sentencia, se absuelva a devolver lo descontado por concepto de comisión y gastos de administración, porque esos constituyen conceptos autorizados como consecuencia de la buena administración que se ejerció sobre el capital de la cuenta de Ahorro Individual de la parte actora, que se vio materializado al incrementar el saldo de la cuenta individual generando rendimientos financieros, inclusive por arriba del mínimo dispuesto por la Superintendencia Financiera, por otro lado, de ordenar el traslado de estos montos a COLPENSIONES, se configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta demandada. La Ley 100 de 1993, dispone cuáles son los dineros que efectivamente se trasladan cuando existe un cambio de régimen, esto es: saldo contenido en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que evidencia que los gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él, sino al Fondo Privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro del demandante. Aunado si el demandante hubiese permanecido en el RPM, conforme inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también habrían existido descuentos de la cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez en tanto están sujetos al fenómeno de la prescripción. Con lo cual solicitó se revoque la sentencia y absuelva a su representada (min 1:45:05)

Por su parte Colpensiones interpuso recurso de apelación, sustentó que no es procedente que se declare la ineficacia de la afiliación, atendiendo a que el traslado se realizó con plena voluntad del cotizante sin que se pueda declarar la nulidad de traslado, cotizante que suscribió los formularios y dicha voluntad se vio ratificada por más de 21 años, que estuvo afiliado al RAIS.

Resaltó que según, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que establece la libre escogencia de los regímenes pensionales y la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, el artículo 1 del Decreto 3802 de 2003 limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren dos años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo a los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, esto es, 01 de abril de 1994, para quienes se conservó el derecho de regresar al RPM en cualquier momento, asimismo bajo la Sentencia C-1024 de 2004 en cuanto al periodo de carencia a quienes les faltaren menos de 10 años sobre el límite para el traslado frente a la edad mínima, a fin de evitar la descapitalización del RAIS. Agregó que no encontró solicitud de traslado anterior al 2018, con lo cual el actor al momento de elevar tal solicitud ya estaba sujeto a la anterior prohibición, a la par que no era posible que se le exija una normatividad no vigente al momento del traslado, que solo inicia con la Ley 1328, sin que sea válido tal exigencia, que bajo el artículo 21 Superior el ajuste a normas preexistentes al acto que se juzga, Colpensiones que debe afrontar la carga de la prestación, afectando el debido proceso para su representada. Expresó que en caso de confirmarse la sentencia, se garantice a Colpensiones obtener por vía judicial se pueda obtener los valores y gastos no previstos en el evento de un reconocimiento de la pensión y se ordene traslados de aportes, frutos, rendimientos, intereses, bonos, gastos de administración, sin descuento sobre las cotizaciones realizadas por el actor (min. 1:49:10).

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 el señor Pedro Alfonso Sandoval Gaitán 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 supuesto fácticos: i) que el demandante nació el 26 de mayo de 1960 (al índice 01 pdf, 5); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 04 de diciembre de 1979 (al índice ibídem Pdf 43; iii) el 08 de agosto de 2000 se trasladó al RAIS, Porvenir S.A (al índice ibídem. Pdf 94.).

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 12/03/2020 (índice 01, Pdf. 71) tenía cumplidos 59 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (índice 01, Pdf 40 a 41) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres 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 RPM.

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.

Como ese ha expuesto, 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 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 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 los artículos 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 supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social que regula la Ley 100 de 1993 bajo la cotización en este caso de empleadores privados, 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 el *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 los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto fundamental 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 15 de junio 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. Aunque el a quo así lo dictaminó, es de tener en cuenta 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 inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797 de 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 tercero de la sentencia recurrida, que, si bien hace mención de los anteriores conceptos, no es así sobre, 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, observando que los fines del traslado no solo de las cotizaciones, sino de los valores antes referidos, corresponden a los efectos asignados en doctrina citada a la ineficacia del traslado en conjunto a la sostenibilidad financiera del RPMPD, no

propiamente hacia un enriquecimiento del actor, sino de la restauración de la situación jurídica, en que el fondo administrador en el RAIS, no demostró haber obrado con la debida diligencia y libre de cualquier reticencia al motivar u originar el traslado de regímenes para el demandante, situación jurídica que pese ser ahora COLPENSIONES el administrador del Régimen de Prima Media, conlleva frente a su interés jurídico, que sus argumentos no se escriban en preponderancia y a exclusión a los del afiliado, quien no fue debidamente informado, en criterio no de normas que no podrían haber estado vigentes o de una diligencia alegada por Porvenir contra quien no es administrador lego, sino de restauración del derecho, en tanto en criterio deducido de la Sala Laboral de la CSJ, el estándar de información y su prueba bajo un postulado de un Sistema de Seguridad Social, no fue debidamente acreditado por el fondo administrador que suscitó aquel traslado entre regímenes.

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 el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Primer (01) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día quince (15) de junio de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante el señor PEDRO ALFONSO SANDOVAL GAITAN y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR los ordinales tercero sentencia de primera instancia, los cuales quedaran así:

Ordenar a Porvenir S.A, que retornen a Colpensiones los aportes que a nombre del actor 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 el accionante estuvo afiliado a esas administradoras y

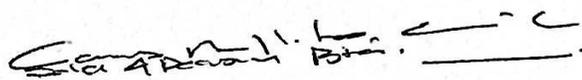
DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

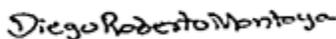
Notifíquese por EDICTO.



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: 42430ddc9853843470b852a7aee9e46a8b9a3ebc83755ff654940173aca368e2

Documento generado en 30/11/2022 04:56:18 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

-30- noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-013-2021-00021-01

Demandante: SANDRA MARCELA TORRES CARDENAS
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá del veinticinco (25) de agosto de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Sandra Marcela Torres Cárdenas llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Skandia Pensiones y Cesantías S.A y a AFP Porvenir S.A., para que se declare la ineficacia de la afiliación 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, así como los bonos, y rendimientos; se ordene a Colpensiones a recibir a la actora; se contabilice las semanas cotizadas en el RAIS, costas y agencias en derecho, lo que resulte probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que se afilió en febrero de 2001, a Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., sin recibir una asesoría sobre las particularidades de cada régimen, no se le informó

cómo se compondría el capital para su pensión, no se le manifestó cuál era el monto que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para acceder a la garantía de pensión mínima, no se le informó sobre la devolución de saldos, ni la opción de retracto de la afiliación; no le indicaron los riesgos ventajas y desventajas, el 07 de octubre de 2020 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, y actualmente se encuentra afiliada a Porvenir S.A. (al índice 001Escritodedemanda.PDF. Pag.1 a 30).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP Porvenir se opuso a las pretensiones, indicó que la vinculación inicial al sistema general de pensiones efectuado por la demandante al RAIS y el posterior traslado horizontal fueron completamente válidos, no se aporta prueba alguna que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación»¹.

Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. se opuso a las pretensiones, aceptó que la actora suscribió formulario de afiliación el 12 de febrero de 2001, indicó que la afiliación fue de manera libre y voluntaria sin ningún tipo de presiones. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «la demandante a la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado instituto de los seguros sociales», «la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de edad y tiempo cotizado», «inexistencia de la violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «ausencia de falta de deber de asesoría e información», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante», «la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración» y «buena fe»².

Colpensiones se opuso a las pretensiones, indicó que la demandante, se encuentra válidamente afiliada al RAIS, toda vez que el traslado fue libre y voluntario. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales», «cobro de lo no debido», «imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal», «imposibilidad de condena en costas», «Buena fe»³.

¹ (Exp. Digital: «010.ContestacionPorvenir.» pdf 1 a 28).

² (Exp. Digital: «012.Contestacionskandia.» pdf 1 a 19).

³ (Exp. Digital: «014.ContestacionColpensiones.» pdf 1 a 11).

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado que hiciera la demandante, SANDRA MARCELA TOPRRES CARDENAS a la AFP SKANDIA S.A en febrero de 2001, y de contera la realizada ante Porvenir S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. y a Skandia S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia Laboral del demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de estas instancias al fondo de pensiones Porvenir S.A. inclúyase como agencias en derecho en esta instancia y en favor del demandante (\$1.000.000) ... []

Para arribar a la anterior conclusión, la juez de primer grado encontró acreditado la afiliación de la accionante a Colpensiones el 31 de enero de 2000 y el traslado el 12 de febrero de 2001 al RAIS, a través de la Skandia S.A., así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS, el 08 de abril de 2007 a Porvenir S.A., desde Skandia S.A, consideró que no se allegó ninguna prueba que demostrara que las administradoras de fondo de pensiones le hubiesen informado al demandante sobre las implicaciones del traslado del régimen pensional. Señaló que, el único medio de convicción en que se fundamentó la AFP demandada fue el formulario de afiliación que si bien fue suscrito, lo cierto es que, igual que los formatos pre impresos de los fondos que hacen constar que la afirmación se hace libre y voluntaria, estas no son suficientes para que se dé demostrado el deber de información pues con ese formulario no se acredita la información, operando la inversión de la carga de la prueba, sin que actuaciones posteriores modifique que al 2001 no se le brindara información suficiente.

II. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones se interpuso recurso de apelación, con fundamento en que el traslado de la demandante se realizó de manera libre y voluntaria de acuerdo al derecho de libre escogencia al Régimen de Ahorro Individual, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del literal e) del artículo 2 de la ley 797 de 2022, pues ya superó la edad que tenía para pasarse de fondo, además que, la voluntad de la actora se vio ratificada con

su permanencia en el RAIS, que la doble asesoría solo es a partir del año 2016 y no es retroactiva.

Señaló que, el principio de sostenibilidad financiera, *declarar la ineficacia del traslado*, genera una situación caótica que afecta la debida planeación y la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional, si bien es cierto se ordena el traslado de dineros a mi representada, no cubren su totalidad la eventual pensión que podría llegar a recibir la demandante aún después de realizar los trámites administrativos ante mi representada. La estabilidad financiera se garantiza en la medida que el sistema general de pensiones percibe y mantiene a través de los medios jurídicos y financieros los fondos económicos adecuados que permiten pagar mes a mes un mayor número de pensiones a los afiliados que se encuentran en el régimen de prima media. (Audio 6 Minuto 17:00).

Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., interpuso recurso de apelación, argumentando que, respecto a la condena de devolver los aportes de la demandante junto con los rendimientos, nótese claramente que dentro del plenario se acredita que SKANDIA no cuenta con dinero alguno de la demandante, porque ésta realizó el traslado a PORVENIR, luego entonces, en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante ya no existe saldo alguno que se pueda retornar hacia el RPMPD.

Expuso que se ordenó el traslado de la cuenta de ahorro de individual del afiliado incluyendo los correspondientes rendimientos generados como consecuencia de la administración, pero en ningún momento la Ley 100 de 1993, incluyó las comisiones y seguros provisionales teniendo en cuenta que estos son porcentajes destinados para tener asegurada a la demandante para cubrir riesgo de invalidez y sobrevivencia, por medio de un contrato de seguro con una aseguradora, que, si bien es cierto no se sufrió algún siniestro, no se puede desconocer que estos dineros cumplieron su utilidad y nunca fueron administrados por SKANDIA, de la misma manera se entiende que estos dineros tampoco hacen parte integral para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, aunando a lo anterior, estos descuentos también están autorizados en ambos regímenes y se generaría un enriquecimiento sin causa, ya que las comisiones y seguros provisionales no hacen parte de las cuantías que se trasladen a Colpensiones y no hacen parte de la pensión de vejez (Audio 6 Minuto 17:00). No se presentó recurso en representación de Porvenir S.A.

III. SEGUNDA INSTANCIA

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 Sandra Marcela Torres Cárdenas 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 los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 09 de diciembre de 1969 (al índice 01 pdf 31) ii) se afilió a Colpensiones el 31 de enero de 2000, según índice 16 en la historia laboral aportada por Colpensiones en fecha de afiliación⁴ y aunque aparece anotación asignado al RAI Decreto 3995 de 2008, e identificación de aportante pero sin cotizaciones, documentalmente no puede indicarse que no existiera reporte de afiliación en el RPMPD anterior a la afiliación al RAIS a nombre de la ciudadana demandante, ya que iii) Se afilió el 12 de febrero de 2001 al RAIS, a través de la Skandia S.A. (pág. 36, al índice 0.12), así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 08 de abril de 2002 a Porvenir S.A., desde Skandia S.A (al índice 10. Pdf. 24 y 66).

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 18/01/2021 (índice 03) tenía cumplidos 51 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Porvenir y Colpensiones (fls. 5 y 30 índice 01) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite 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 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, en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se 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...", y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo).

⁴ Archivo: GRP-SCH-HL-66554443332211_2136-20211124083650, la historia laboral reporta aportante desde 1/10/97 al 31/10/97, sin cotizaciones realizadas.

Lo anterior en referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en 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 última 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 1º 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, no supe 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 los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, pues es un criterio estructurado que el retorno al RPMPD por ineficacia del traslado no solo conlleva la restitución de sumas mutuas sino el pago de todo lo ha debido ser percibido en el monto de lo cotización, porque la falta de asesoría, no es una conducta válidamente amparada en Casación Laboral, en la cual se ha concluido que la carga de la prueba al respecto corresponde a las AFP, lo anterior atendiendo que la historia laboral de Colpensiones alcanza a reportar fecha afiliación anterior a la realizada al RAIS, que pese una posible y pretérita solución entre administradoras de multivinculación al Sistema, no permite obviar la indicación en la historia laboral de Colpensiones de tal calenda de afiliación; 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 25 de agosto 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 inexecutable 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 de la sentencia recurrida, para ordenar a Porvenir S.A. que retorne 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 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 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 el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora SANDRA MARCELA TORRES CARDENAS y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

ORDENAR a la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

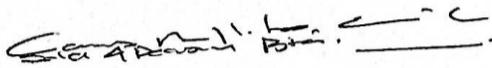
PENSIONES — COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación la señora SANDRA MARCELA TORRES CARDENAS, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, el porcentaje de gastos de administración, las primas 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 afiliado 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: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

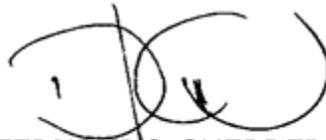
CUARTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

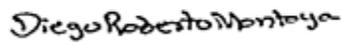
Notifíquese por EDICTO.



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: **6b9df5263dff1d307c336173c4f52167386720ce9c7e8fc6ad131a2b3f62a05c**

Documento generado en 30/11/2022 04:55:32 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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 020-2020-00276-01

Demandante: ROSALBA AGUILAR CRUZ

Demandadas: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, COLFONDOS S.A y OLD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA 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, profiere 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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la accionada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de julio de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones. (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Rosalba Aguilar Cruz llamó a juicio Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Colfondos S.A. y a Skandia S.A. para que se declare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Protección S.A., y sus posteriores traslados, Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Skandia S.A. (Old Mutual) a devolver a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere

recibido con motivo de la afiliación del demandante, gastos de administración, frutos, bonos pensionales; y a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los aportes realizados, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 25 de mayo de 1963, en julio de 1980, se afilió al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones. Expuso que, en abril de 1996 se trasladó de régimen a ING Colmena Hoy Protección S.A, posteriormente efectuó traslados horizontales a Colfondos Pensiones y Cesantías en junio de 1999, en julio de 2003 a la AFP Porvenir S.A., y en agosto de 2007 a Skandia Pensiones y Cesantías S.A., sin ser asesorada, ni informada de forma transparente 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; que no se le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería su pensión RPM en el RAIS, no se le informó cuanto era el capital que debía ahorrar para poder acceder una pensión; no se le indicó que podía ejercer su derecho de retracto, que ha cotizado un total de 1930 semanas, solicitó el 05 de febrero de 2019 ante Colpensiones, la anulación del traslado de régimen, asimismo solicitó la nulidad de traslado de régimen el 12 de febrero y 19 de agosto de 2020 ante Protección S.A, Skandia Colfondos S.A y Porvenir S.A., obteniendo respuesta negativa a estas. (Exp. Digital: «01Expediente202000038F.pdf» pdf. 01 a 36).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, que el traslado de régimen pensional del accionante al RAIS es completamente válido, como quiera que se encuentra exento de vicios del consentimiento, al haberse realizado de forma libre y espontánea, solemnizándose a través de la solicitud de vinculación en documento que se presume autentico. Formuló como excepciones de mérito las que llamo «Prescripción», «inexistencia de la obligación» «Buena fe», «compensación» «excepción genérica».¹

SKANDIA S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, que la selección de régimen dentro del sistema pensional es libre y voluntaria, por lo que, en tal sentido, al seleccionar el RAIS acepto todas y cada una de las condiciones propias del régimen. Solicitó llamar en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (pág. 353, índice 08). Formuló como excepciones de mérito las que llamó «Prescripción de la acción», «actos de relacionamiento», «Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen», «Compensación», «La demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado», «Inexistencia de violación al debido proceso para el momento de

¹ (Exp. Digital: «07contestacionPorvenirpdf » pág. 1 a 31).

la afiliación al RAIS» «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «Inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «Ausencia de falta al deber de asesoría e información», «Los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demanda», «Lo accesorio sigue la suerte de lo principal - Falta de interés negociable», «prescripción de la acción», «la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguros- gastos de administración» y «buena fe»².

La llamada en garantía, Mapfre Colombia Vida de Seguros S.A, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumentó para ello, la afiliación de la accionante fue en el marco de la autonomía de la voluntad, un acto libre, espontaneo, durante 24 años sin haber reclamado la nulidad. Formuló como excepciones de mérito: *«El acto jurídico de afiliación al RAIS y los de su posterior traslado a otras AFPS fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de autonomía de la voluntad, sin estar mediados y/o determinados por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitos y validos» «Prescripción de la acción de nulidad», «inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a Skandia Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías S.A.», «legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional»³.*

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS indicó que el traslado de régimen pensional del accionante al RAIS es completamente válido y que tal entidad obró de acuerdo con los parámetros establecidos en la Ley. Formuló como excepciones de mérito: *«Buena fe», «compensación y pago» y «excepción genérica»⁴.*

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones, manifestó que el traslado de la parte actora a la AFP se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia, sino plenamente válido bajo una *"manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994"*. Formuló como excepciones de mérito: *«Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir», «Buena Fe», «Aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones» «Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o*

² (Exp. Digital: «08ocontestacionskandiapdf » pág. 1 a 21).

³ (Exp. Digital: «09 08 2020-276 fl 277-421 contestacion llamamiento skandia 16-09-2021).

⁴ (Exp. Digital: «09contestacionColfondospdf » pág. 1 a 18).

*ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.», «innominada o genérica».*⁵

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones; indicó que el traslado de régimen pensional del accionante al RAIS es completamente válido, sin prueba que se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información o que exista algún vicio del consentimiento. formuló como excepciones de mérito, las que llamo «Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código civil», «Ratificación de la voluntad de permanencia en el rais por existir actos de relacionamiento.», «Descapitalización del sistema pensional» «Inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «Prescripción de la acción laboral» «Caducidad» «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica»⁶

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día cinco (05) de julio de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen pensional de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora ROSALBA AGUILAR CRUZ hacia la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. el 05 de marzo de 1996 y sus posteriores traslados horizontales a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS el 01 de septiembre de 1999, a HORIZONTE hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 22 de mayo de 2003 y finalmente a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONALES Y CESANTÍAS S.A. el día 07 de junio del año 2007, en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.”

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONALES Y CESANTÍAS S.A. devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada ROSALBA AGUILAR CRUZ, junto con los rendimientos financieros causados con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

⁵ (Exp. Digital: «10 2020-276 fl 519-571 contestación protección 22-09-2021f» Págs. 1 a 28)

⁶ (Exp. Digital: al índice 11 contestación Colpensiones pág. 1 a 46).

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA y COLPENSIONES a favor de la parte actora. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente tres (3) SMMLV pagaderos a cuota parte.

Igualmente CONDENAR en costas a SKANDIA S.A. y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente un (1) SMLMV.(...).”

Señaló en sustento que a pesar de encontrarse el formulario de afiliación, de su contenido solo se acredita el consentimiento de la actora, pero no que este fuera informado, en todas las dimensiones que este traslado conlleva, por lo que de acuerdo a lo estipulado por lo asentado en jurisprudencia a la vinculación realizada por el demandante resulta ineficaz en virtud de la ausencia del cumplimiento del deber de información, se abstuvo de condenar por emolumentos diferentes como gastos de administración. En consecuencia, declaró ineficaz el traslado de régimen efectuado por la accionante. Respecto a la excepción de prescripción, la declaró no probada, dada su ejecutoria a partir de la sentencia y su relación con el derecho a la pensión de vejez.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, apeló la decisión, argumentando que al analizarse cada caso en particular, la demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto. Señaló que, la actora tenía mecanismos legales para dejar sin efectos el traslado, que se encuentran plasmados en el mismo formulario que suscribió, como el retracto de tal afiliación. Que conforme lo expuesto por la Corte Constitucional C-242/09 debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad del sistema pensional, el artículo 48 Superior, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005 y que el interés general debe primar sobre el particular, ya que la ineficacia afecta el patrimonio público, en cuanto la actora no participó en financiación de las pensiones del RPMPD, aunado que su representada no incidió sobre las decisiones que tomó la afiliada, no siendo procedente la condena en costas, más si la negativa de su representada se funda en presupuestos legales (al índice 18, acta enlace min. 1:44:56)

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 la señora Rosalba Aguilar Cruz del RPMPD al RAIS.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuesto fácticos: i) que la demandante nació el 25 de mayo de 1963 (al índice 01 pdf, 28); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 14 de julio de 1980 (al índice 11 Pdf pág. 47 a 50); iii) se trasladó el 11 de marzo de 1996 al RAIS, a través de Protección S.A. (pág. 36, al índice 10), así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 01 de septiembre de 1999 a Colfondos S.A desde Protección (al índice 09. Pdf. 94). V) el 22 de mayo de 2003 a Porvenir S.A. (antes Horizonte Pensiones y Cesantías), desde Colfondos S.A (al índice 07. Pdf. 82). vi) el 07 de junio de 2007 a Skandia S.A., desde AFP Horizonte hoy Porvenir S.A (al índice 08. Pdf. 36).

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 01/09/2020 (índice 01, Pdf. 158) tenía cumplidos 57 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a protección Skandia S.A y Colpensiones (índice 01, Pdf 30 a 55) 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 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.

Conforme la sentencia SL1688-2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tiene el precedente sobre 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, 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 suministrar 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 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.

De manera que, atendiendo las sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021, para la fecha del traslado de la accionante, 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. De allí que la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 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, en tanto la relación jurídica retorna al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Se ha expresado que 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, el 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 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 supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que esta 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 el *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 los recursos de apelación no se ajustan 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 05 de julio 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. Aunque la *a quo* así lo dictaminó, es de tener en cuenta 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 inexecutable 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 tercero de la sentencia recurrida y consultada, sobre 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.

Asimismo, y de conformidad con lo expuesto se adicionará a la sentencia objeto de apelación en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Protección SA, Colfondos S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de 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 afiliado a esas administradoras, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.

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, sin invalidar ningún ingreso o cotización completa que ha debido obrar con destino al régimen de prima media.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual la recurrente Colpensiones no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado por la actora.

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.

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 el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito el día cinco (05) de julio de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora ROSALBA AGUILAR CRUZ y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal tercero sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

“ORDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONALES Y CESANTÍAS S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes que a nombre de ROSALBA AGUILAR CRUZ, que 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 esta 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 sexto a la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

“SEXTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los

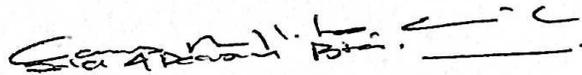
aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esas administradoras, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.”

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

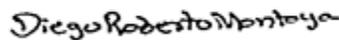
Notifíquese por EDICTO.



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: **d34e95cdedfea07a6dcb69fdb5e4b971d786c7f993ff127ec78bf3564bfbb8e4**

Documento generado en 30/11/2022 04:55:31 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

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 023-2020-00476-01

Demandante: GLADYS STELLA JIMENEZ VARGAS

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES
PROTECCION S.A. LA SOCIEDAD 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 interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá del seis (06) de junio de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Gladys Stella Jiménez Vargas llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A.- a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Protección S.A.-. Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los aportes que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, así como los rendimientos, frutos, gastos de administración, seguros y demás sumas causadas a favor de la actora; y

a Colpensiones a aceptar y recibir el traslado de los aportes, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 19 de marzo de 1962; se afilió al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones. Expuso que, en 1998 se trasladó a la AFP Protección S.A., que no fue asesorado, ni informado por la AFP, de manera completa, sin indicarle las desventajas que el traslado implicaba; respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones al momento de dicha afiliación, las ventajas y desventajas del traslado; que solicitó en el 2020 una proyección de la mesada pensional en Protección S.A; que el 09 de diciembre de 2020 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones. (Exp. Digital: «01. Demanda» pdf. 01 a 14).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP. El traslado se efectuó en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen. Formuló como excepciones de mérito las de «*la inoperancia 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*», «*el error de derecho no vicia el consentimiento*», «*inobservancia del principio de constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acta legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)*», «*buena fe*», «*falta de causa para pedir*», «*presunción de legalidad de los actos jurídicos*», «*inexistencia del derecho reclamado*», «*prescripción*» e «*Innominada o genérica*».¹

Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumentó para ello, que “Protección siempre ha sido conforme a la ley y la voluntad de la demandante de afiliarse a esta entidad fue libre y voluntaria y exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento, por lo cual, las pretensiones de la actora no tienen ningún tipo de fundamento ni están llamadas a prospera”. Formuló como excepciones de mérito: «*Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir*», «*Prescripción*», «*Buena fe*», «*Aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones*», «*Aplicación del precedente de los actos de relacionamiento*», «*Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*», «*inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la ineficacia*».

¹ (Exp. Digital: «07ContestacionColpensiones.pdf» Págs. 70 a 87)

de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «innominada o genérica»²

Por su parte Porvenir S.A., ya que mediante auto del 9 de noviembre de 2021 el a quo lo integró al contradictorio, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en la medida en que la demanda se encuentra dirigida contra un tercero, razón por la cual no es dable pronunciarse al respecto e indicó que la demandante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» e *«innominada o genérica»³*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día seis (06) de junio de dos mil dos (2022), resolvió:

-PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante Gladys Stella Jiménez Vargas, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y por ende a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y cesantías Porvenir S.A. y luego a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver o trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con motivo de la afiliación de la demandante Gladys Stella Jiménez Vargas, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de julio de julio de 2003 al 31 de marzo de 2005, junto con los rendimientos que se hubiesen causando sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

Parágrafo: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Protección, con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 01 de abril de 2005

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante Gladys Stella Jiménez Vargas, junto con los

² (Exp. Digital: «08ConestacionProtección.pdf». 1 a 28).

³ (Exp. Digital: «13Conestacion.pdf». 2 a 24).

rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por los gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordena devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

Parágrafo: Se autoriza el descuento del dinero que transfirió a la AFP Porvenir, con ocasión al traslado de fondo solicitado el 30 de junio de 2003.

CUARTO: DECLARAR que la demandante Gladys Stella Jiménez Vargas, se encuentre afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto ISS hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.-

El a quo motivó su decisión en síntesis al indicar que los fondos privados accionados incumplieron de manera su deber de proporcionar una información clara, completa y comprensible, lo que influyó en la decisión de trasladarse de régimen y permanecer en este, por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional. Por tanto, se genera la obligación de la entrega de todos los dineros recibidos por las AFP, a fin de mantener el principio de sostenibilidad financiera, de acuerdo con lo planteado por Colpensiones; consecuencias también respecto de los traslados horizontales. No declaró la excepción de prescripción por estar ligada tal ineficacia a la declaración de un estado jurídico, que se puede realizar en cualquier momento.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación parcial contra la anterior decisión, manifestando que el numeral segundo de la providencia expresada por su despacho, en el cual, se ordena devolver a COLPENSIONES todos los dineros que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante entre el 1/07/2003 y 31/03/2005, descontando todos aquellos dineros que fueron trasladados a PROTECCIÓN. En este sentido, solicita se revoque este numeral, ya que los gastos de administración deben estar cobijados por el fenómeno de la prescripción, los que se causaron dentro de este periodo, porque no hacen parte, en ninguno de los regímenes de los derechos pensionales de la demandante, por el cual, no se entiende como se incluyen estos conceptos dentro del fenómeno de la imprescriptibilidad de los derechos pensionales. Además constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES esta orden impartida contra mi

representada, toda vez que, estos dineros fueron retribución de los aportes de la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada a PORVENIR, cuando se entregan dichos aportes a Protección se entregan no solamente con lo que se recibió el 01 de julio de 2003, sino con todo como todos los rendimientos que se causaron como consecuencia de la actividad financiera adelantada por mi representada sobre dichos fondos, con lo cual se está generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Respecto al numeral primero, esto es, la ineficacia del traslado de la demandante, del ISS a Protección y también el traslado de HORIZONTE a PORVENIR, toda vez que, el argumento principal tanto de la demandante en su demanda, así como los alegatos de conclusión, es la ignorancia o la falta de información recibida por la demandante, lo cual, genera o hubiera tenido al momento de las afiliaciones, de la afiliación inicial al RAIS, así como los traslados posteriores, una ignorancia, cuando el artículo 9 del Código Civil señala que el desconocimiento no sirve de excusa para fundamentar ningún argumento jurídico que se quiera presentar. Finalmente, señaló que teniendo en cuenta el artículo 13 de la Constitución, todos los habitantes tendrán los mismos derechos ante la ley, por ende, la parte demandante como cualquier habitante del territorio nacional le asiste la obligación de conocer la ley, condiciones de los regímenes pensionales, afiliación, traslado, reconocimiento de prestaciones se encuentran definidas en la Ley, porque se hacen razonables consecuencias jurídicas de inobservancia, además que la Corte Constitucional C-651 de 1997 indicó que el conocimiento de la Ley es un supuesto de convivencia, sin que pueda alegarse el desconocimiento de los regímenes pensionales para justificar los traslados solicitados, aunado que bajo el principio de igualdad no puede sostenerse situación particular de la demandante, dado que el artículo 9 C. Civil, también la obliga (Min 1:02:58)

La Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A., presentó recurso de apelación contra la anterior decisión, en la condena de trasladar los descuentos que fueron realizados sobre los aportes de la demandante durante los periodos que fue afiliada a Protección S.A. orientados a cubrir los gastos de administración y seguro previsional. En ese sentido, si esta condena es consecuencia de la declaratoria de la ineficacia se está omitiendo tener en cuenta que COLPENSIONES se está quedando con los rendimientos financieros que podrían pertenecer al RAIS que hace parte del Sistema General de Pensiones, afectando la sostenibilidad financiera del Sistema, conforme entre otras la Ley 797, más si se fundamenta sobre la validación de negaciones indefinidas, de allí que se exceda la justicia ordinaria sobre condenas adicionales con cargo a sus propios patrimonios, sin que pueda contradecir, reitera la prescripción pues estos descuentos no financian el cálculo de la pensión (min: 1:09:47)

Colpensiones interpuso recurso de apelación, indicando que se debe tener en cuenta que el traslado se hace en el año 1998, sin proferirse la sentencia hito de 2008 y por tanto bastaba con una información somera, como se demostró

para que la demandante tomará la decisión de trasladarse. Que de acuerdo con el estatuto del consumidor la demandante también tenía una obligación posterior de acercarse a los fondos de pensiones, pero frente a Colpensiones no solicitó información sobre algún tipo de traslado. Agregó que resulta inconveniente, para la sostenibilidad del sistema, trasladar a una persona que lleva más de 20 años sin hacer cotizaciones al RPMPD y si había generado una expectativa dentro del RAIS, que es donde ha estado con su aprobación por 20 años, aunado que se encuentra en una prohibición legal. Revocatoria de sentencia que también se solicita frente a la condena en costas (min. 1:13:12).

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 la señora Gladys Stella Jiménez Vargas del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, se tiene por premisa los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 19 de marzo de 1962 (al índice 16. Pág. 15); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 31 de marzo de 1986 (al índice 07 pdf. 23), iii) el 02 de febrero de 1998 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colmena S.A. (al índice 08 pág. 30), así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 02 de mayo de 2003 a Porvenir S.A., desde ING (al índice 13. Pdf. Pág. 90 y 92), y de Porvenir S.A. a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. 24 de febrero de 2005 (al índice 08 pág. 31)

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 18/12/2020 (índice 02) tenía cumplidos 58 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (índice 07, Pdf 12 a 15) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite 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, el criterio fijado en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, contiene el precedente sobre 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, bajo 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 exigirse 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 referida reiterada en 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.

Deber de información que 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 el 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, 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 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, conforme sentencia CSJ SL4360-2019, para 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 el deber 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.

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, que es claro que la carga de probar aquel deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, pero en concreto y facultada esta Sala para advertirlo en virtud del grado jurisdiccional de consulta, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, que no supe, como tampoco el formulario de afiliación, aquel deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que esta 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, correspondía 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 financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar 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 los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, doctrina de la Honorable Corte Suprema de Justicia que llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 06 de junio 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 inexecutable 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 adicionarán el ordinal segundo y tercero de la sentencia recurrida, que, si bien hace mención de los anteriores conceptos, no es así sobre, 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, adicionalmente que en relación a la ineficacia pretendida, esta trata del acto de traslado al RAIS, sin que tenga entidad suficiente que se esté a menos de diez años a la edad mínima pensional, pues ello parte de suponer la validez del traslado del que se discute es la ineficacia. En cuanto a las costas en primera instancia no habrá lugar a su modificación, pues existió oposición frente a las pretensiones y corresponden a la parte vencida.

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 segundo y tercero se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia, al haberse conocido también en el grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones. 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 el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora GLADYS STELLA JIMENEZ VARGAS y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR los ordinales segundo y tercero sentencia de primera instancia, los cuales quedaran así:

“Segundo: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES 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 el accionante estuvo afiliado a esas administradoras 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: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver y trasladar a la, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES 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

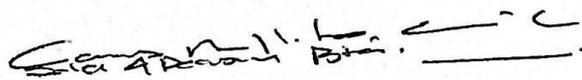
gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esas administradoras y DISPONER que 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.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

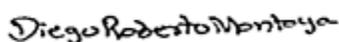
Notifíquese por EDICTO.



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: 52a8d98828d373bef2d654b7c2441dd56452915d7265ec6a498571ce278719f3

Documento generado en 30/11/2022 04:53:07 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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 024-2020-00038-01

Demandante: EDGAR TAFUR CARDOZO

Demandadas: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y LA
ADMINISTRADORA DE PENSIONES 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, profiere 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 el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones. (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

EDGAR TAFUR CARDOZO llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - PORVENIR S.A.- y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por –Porvenir S.A.-. Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a comunicar a Colpensiones la ineficacia del traslado, correspondiendo a esta entidad tener al demandante como su afiliado. Que se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante al RAIS desde el 26/04/1995 junto a los rendimientos causados, junto con el traslado de la historia laboral a Colpensiones, el pago de las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que el actor nació el día 16 de enero de 1955; y que entre el 16 de julio de 1986 y el 26 de abril de 1995 estuvo afiliado al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones, con las expectativas de edad pensional, semanas requeridas y tasa de reemplazo. Expuso que, el 25 de abril de 1995 se trasladó de régimen a la AFP Porvenir S.A. sin ser asesorado, ni informado de forma transparente por la AFP, de

manera completa, carente de proyecciones, ventajas y desventajas por aquella elección que garantizaran la toma de una decisión correcta sobre el traslado; por el contrario bajo indicaciones de inseguridad a una posible pensión de continuar con el ISS, que solicitó a la AFP Porvenir los cálculos de la pensión de vejez que le podría corresponder, siendo inferior en el RAIS, que el 20 de noviembre de 2019 solicitó ante Colpensiones y Porvenir SA el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa a esta. (Al índice 01 pág. pdf 05 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, que el traslado de régimen pensional del accionante al RAIS es válido, que al actor se le brindó información suficiente, clara, veraz y precisa sobre las características del RAIS, en tanto la suscripción del formulario de afiliación fue un acto libre, espontáneo e informado. Formuló como excepciones de mérito las que llamo «Prescripción», «Buena fe», «Inexistencia de la obligación», «Compensación» y «Excepción Genérica».¹

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que, aunque refiere que la entidad desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó el traslado de régimen pensional, de la documental allegada da cuenta que el traslado de régimen al RAIS se realizó por la información brindada por parte de la AFP y de allí no puede deducirse que se incurra en algún vicio del consentimiento Formuló como excepciones de mérito las de «La 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», «El error de derecho no vicia el consentimiento», «Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política)», «Buena fe de Colpensiones», «Cobro de lo no debido», «Falta de causa para pedir», «Presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inexistencia del derecho reclamado», «Prescripción» y "aplicación de sentencia".²

Mediante auto calendarado el 09 de diciembre de 2021, se ordenó vincular a Protección S.A. quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones; indicó que las pretensiones no están dirigidas en su contra. Sin embargo, expresó que el traslado de régimen pensional del accionante al RAIS administrado por Protección S.A. es completamente válido, a través de una asesoría adecuada y la firma del formulario de vinculación de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Formuló como excepciones de mérito: «Prescripción», «Buena fe», «Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «traslado de aportes» y la «innominada o genérica».³

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

¹ (Exp. Digital: «01Expediente202000038.pdf» pág. 74 a 105).

² (Exp. Digital: «01Expediente202000038.pdf» Págs. 214 a 242)

³ (Exp. Digital: «01Expediente202000038.pdf» pág. 341 a 363).

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticuatro (24) de agosto de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor EDGAR TAFUR CARDOZO nunca estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor EDGAR TAFUR CARDOZO al Régimen de Ahorro Individual a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. efectiva a través del 1º de marzo de 1999.

TERCERO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor EDGAR TAFUR nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida

CUARTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del señor EDGAR TAFUR CARDOZO como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., ello significa que debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, aportes para el Fondo de Garantía a la Pensión Mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir al señor EDGAR TAFUR CARDOZO como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

SEXTO: DECLARAR que el demandante nunca tuvo vinculación y/o afiliación con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, conforme a lo expuesto, en consecuencia, absolverla de todos y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEPTIMO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

OCTAVO: Sin condena en costas en la instancia.

SEPTIMO: En el evento que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES no interponga recurso de apelación junto a la presente sentencia, remítase el expediente a la sala de decisión del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor por así disponerlo el artículo 69 del CPTSS. [...].”

La a quo motivo en síntesis que no se demostró el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir S.A. al momento de afiliación del actor, casos en que se aplica la inversión de la carga de la prueba a cargo de Porvenir S.A., lo que implica un parangón entre las características, ventajas, desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; por las anteriores razones, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir SA. Respecto a Protección, indicó que,

no encontró prueba que acredite la afiliación a dicha AFP, no hay lugar a efectuar condena alguna en relación a esta, máxime si, en el interrogatorio de parte, el actor indicó que nunca estuvo afiliado de Protección S.A., aunado que conforme certificación de Porvenir S.A., actualmente se encuentra afiliado a esta, respecto a la excepción de prescripción, estableció que no se puede perder de vista que el artículo 48 de la Constitución Política indica que el derecho a la Seguridad Social es un derecho subjetivo, irrenunciable, imprescriptible e inescindible como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrieron los hechos y se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles trata de una pretensión meramente declarativa. (min. 09:16).

III. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., a través de su apoderado, presentó recurso de apelación al indicar que no se valoró el consentimiento informado y materializado con el documento que contiene la solicitud de la suscripción de afiliación, documento que no fue tachado de falso y por lo tanto, goza de plena validez, que no se puede desconocer que la AFP garantizó los derechos a los afiliados al dar a conocer publicaciones en un diario de alta circulación y de conocimiento público como dispuso el Decreto 1161 de 1994, sin que el actor ejerciera tal facultad, que se desconoce el principio de autonomía de la libertad privada del demandante, para disponer de sus derechos (al índice 12. Minuto 35:02)

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, apeló la decisión, argumentando que el demandante no era beneficiario del régimen de transición, que el traslado de régimen se efectuó bajo los parámetros legales del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que las administradoras de fondos de Pensiones no podían obrar más allá de aceptar el traslado, sin que en ello incida Colpensiones. Puntualizó que tal declaración de nulidad o ineficacia afectan el principio de sostenibilidad financiera del Sistema, pues se le imponen cargas constantes frente a las obligaciones que tiene frente a sus afiliados naturales. (al índice 12. Minuto 37:00)

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 el señor Edgar Tafur Cardozo 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 el demandante nació el 16 de enero de 1955 (al índice 01 pdf. Pág. 25 y 262); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 16 de julio de 1986 (al índice 01 Pdf 25); iii) el 19 de enero de 1999 se trasladó al RAIS, Porvenir S.A. (al índice 01 Pdf 155.).

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 28/01/2020 (índice 01, Pdf. 53) tenía cumplidos 65 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Porvenir y Colpensiones (índice 01, Pdf 36 a 48) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres 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 el actor 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, la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, enmarca 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, 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 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 los artículos 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.

Tal deber probatorio a cargo de la AFP, 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 sule 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 ineficaz, 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 los recursos de apelación no se ajustan 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 24 de agosto 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. Es de tener en cuenta 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 inexecutable 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 adiciona el ordinal cuarto de la sentencia recurrida, que, si bien hace mención de los anteriores conceptos, no es así sobre, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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. Por otra parte, se comparte la exposición de razones para no haber proferido condena en contra de Protección S.A., en cuanto si bien no se aportó formulario de afiliación, como sí frente a Porvenir S.A. del 19/01/1999, y los reportes allegados por Protección S.A. en la contestación de demanda, indican que su estado es inactivo, perdido por saldo (al índice 01, pág. 372-373)

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 cuarto 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 el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante el señor EDGAR TAFUR CARDOZO y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal cuarto sentencia de primera instancia, los cuales quedaran así:

ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES los aportes que a nombre del actor 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 el accionante estuvo afiliado a esas administradoras y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer

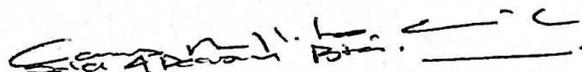
discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Se confirma lo decidido respecto a las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

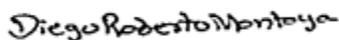
Notifíquese por EDICTO.



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: **1ef01f9c2d342427ae28266c4db43250adfbf760d09590c88879ac9bc07f4fb**

Documento generado en 30/11/2022 04:53:09 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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 026-2019-00813-01

Demandante: JAVIER DARIO ACOSTA GARCIA

Demandadas: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA 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, profiere 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 el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de julio de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones. (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

JAVIER DARIO ACOSTA GARCÍA llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - PORVENIR S.A.- y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Protección S.A.-. Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, gastos de administración, frutos, bonos pensionales; y a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los aportes realizados, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que 25 de junio de 1986, se afilió al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS

hoy Colpensiones. Expuso que, el 30 de octubre de 2003 se trasladó de régimen a la AFP PORVENIR S.A., sin ser asesorado, ni informado de forma transparente, que no recibió de manera completa, cierta y oportuna; información sobre todas las consecuencias de su traslado y las diferencias y requisitos para acceder a la prestación de vejez especialmente, entre uno u otro régimen de pensiones; que no se le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería su pensión RPM en el RAIS, no se le informó cuanto era el capital que debía ahorrar para poder acceder una pensión; no se le indicó que podía ejercer su derecho de retracto, que solicitó ante Colpensiones y Porvenir S.A. el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa a estas. (Exp. Digital: «01Expediente202000038F.pdf» pdf. 01 a 36).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, manifestó que el traslado de la parte actora a la AFP se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia sino plenamente válido, la afirmación de vicio del consentimiento acaecido en el trámite deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial. Formuló como excepciones de mérito las de, «Cobro de lo no debido», «prescripción» «buena fe», «presunción de legalidad de los actos administrativos».¹

Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; dio cuenta que el traslado de régimen pensional del accionante al RAIS es completamente válido, "el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.". Formuló como excepciones de mérito las que llamo «Prescripción», «prescripción de la acción de nulidad» «Buena fe», «cobro de lo no debido, por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe»²

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día siete (07) de julio de dos mil dos (2022), resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por JAVIER DARIO ACOSTA GARCIA, al régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES la

¹ (Exp. Digital: «02contestacionColpensionespdf» Págs. 214 a 242)

² (Exp. Digital: «04contestacionPorvenir8.pdf » pág. 1 a 30).

totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al Fondo PORVENIR S.A fijándose como agencias en derecho la suma de (\$1.000.000) [...].”

Señaló previo a tomar la anterior determinación, se fundamentó en el deber de brindar asesoría completa sobre el consentimiento informado por todos los efectos del traslado, donde la carga de la prueba corresponde a la AFP, sin que ello pueda deducirse de la formulación de afiliación, sin otro medio relevante en función del consentimiento informado, concluyó que este traslado resulta ineficaz. Respecto a la excepción de prescripción, la declarado no probada al estar ligado con la construcción de un derecho pensional. La excepción de prescripción, en este caso, la tuvo por no demostrada al tratarse de un derecho relacionado al derecho pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La AFP PORVENIR SA, apeló la decisión, argumentando que brindó la información suficiente para que el demandante tomara una decisión libre, voluntaria e informada de acuerdo con los requisitos vigentes para el momento en que se realizó el traslado, no obstante, solo fue hasta la expedición del Decreto 2579 de 2010, Decreto 2071 de 2015, la Ley 1748 de 2015 que las administradoras de Fondos de Pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información los afiliados como para el público en general, sin que se puedan hacer exigibles obligaciones no existentes.

En lo que respecta a la condena de devolver conjuntamente los rendimientos y gastos de administración, arguyó que no resulta coherente que se declare la ineficacia, como quiera que se recuerda que la consecuencia de la aplicación de dicha figura tal como lo ha manifestado la Corte Suprema es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, y pues en este sentido se tendría que los frutos dados por la administración de los recursos del demandante por parte de la representada tampoco se generaron, así mismo, cabe advertir que los rendimientos financieros al ser privativos del RAIS pondrían al demandante en una condición diferente a la que se encontraría en el RPMPD pues recibiría dineros que no se generan en este régimen, montos que han tenido destinación específica, invertidos como se dispone en Ley y no se encuentran en poder de su representada, destinados a cubrir los gastos de la administración de los recursos de la

cuenta del demandante. Solicitó se revoque la decisión y se absuelva de las costas y agencias en derecho (al índice 12. Minuto 40:04).

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 el señor Javier Acosta García 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 supuesto fácticos: i) que el demandante nació el 24 de agosto de 1959 (al índice 02 pdf, 293); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 25 de julio de 1986 (al índice 02 Pdf 297; iii) el 30 de octubre de 2003 se trasladó al RAIS, Porvenir S.A (al índice 04. Pdf 33.).

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 29/11/2019 (índice 01, Pdf. 232) tenía cumplidos 60 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Porvenir y Colpensiones (índice 01, Pdf 81 a 85) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres 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 el actor 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.

Sentencia referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, donde se 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.

Doctrina donde se 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 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 los artículos 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.

El deber de probar el consentimiento informado al momento del traslado, a cargo del fondo administrador de pensiones, concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene que 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"*, lo anterior de acuerdo a lo expuesto 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, pues el formulario de afiliación no supone el conjunto de deberes que sobre el particular ha observado la doctrina de la Máxima Colegiatura en esta especialidad, formulario diligenciado que no supe 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, 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 se asentó en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, como 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, implica 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 la sustentado en el recurso no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas en sentencia del 07 de julio 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, 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. Es de tener en cuenta 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 al artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable 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 adicionarán el ordinal segundo de la sentencia recurrida, que, si bien hace mención de los anteriores conceptos, no es así sobre, 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.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas en primera instancia, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – art. 145 CPTSS), de lo cual Porvenir S.A. no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado por la actora.

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 segundo 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 el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito el día siete (07) de julio de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante el señor JAVIER DARÍO ACOSTA GARCIA y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR los ordinales segundo sentencia de primera instancia, los cuales quedaran así:

Condenar al fondo de pensiones Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes que a

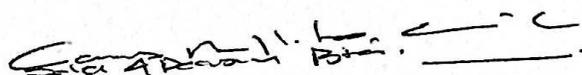
nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esas administradoras 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. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

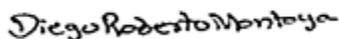
Notifíquese por EDICTO.



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: **12a76d3602d58c26e116cca78461ec13adadcc93154e3fee521447e610eb7b44**

Documento generado en 30/11/2022 04:53:10 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

-30- noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-026-2020-00130-01

Demandante: HECTOR SAUL MORENO LAITON

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN.

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,

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 Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá del veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

I. ANTECEDENTES

Héctor Saúl Moreno Laiton llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a AFP Protección S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Protección 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 ordene a Colpensiones a recibir al señor Héctor Moreno Laiton y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad; costas y agencias en derecho, lo que resulte probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones desde el 22 de mayo de 1989, que para el 20 de marzo de 1992 acumuló 147 semanas cotizadas al ISS; que se trasladó a fondo DAVIVIR hoy Protección S.A. en septiembre de 1995, sin recibir una asesoría sobre las particularidades de cada régimen y con información no ajustada a la realidad; señaló que el 16 de abril de 2019 solicitó a Protección la nulidad del traslado de aportes de Colpensiones a la administradora privada, y el traslado de la totalidad de aportes a Colpensiones, en abril de 2019 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones. *(al índice 001ExpedientePDF. Pag.7 a 27).*

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso en general a las pretensiones, indicó que el traslado se presume que cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe la norma por lo cual no procede la declaratoria de nulidad. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «presunción de legalidad de los actos administrativos»¹.

Por su parte, Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones, indicó que al actor se le brindó una asesoría de manera integral y completa sobre el régimen general de pensiones. Propuso como excepciones de mérito las de «Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «Contradicción del dictamen pericial» e «Innominada o genérica»².

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Héctor Saúl Moreno Laiton, al régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIÓN PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de estas instancias al fondo de pensiones Protección fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).”

Al respecto se enunció que la AFP Protección S.A no demostró sobre el consentimiento informado para el momento en que se trasladó de régimen. Agregó que, un formulario de afiliación que contiene una leyenda preimpresa en el recuadro donde se habla de pensiones obligatorias, conforme la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, dicho documento no es suficiente para demostrar el deber que tenía la AFP y tampoco a partir del interrogatorio de parte del actor. En consecuencia, como quiera que se incumplió con la carga de la prueba de demostrar que se brindó la debida información a la demandante y que tampoco

¹ (Exp. Digital: «003.Contestacion demanda Colpensiones.» pdf 2 a 12).

² (Exp. Digital: ««002.Contestacion demanda Protección.» pdf 2 a 25).

se entregó el reglamento donde se informara las condiciones del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la a quo declaró la ineficacia de la afiliación y tuvo por no probadas las excepciones propuestas por las accionadas (min. 30:00)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 Héctor Saúl Moreno Laiton del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección 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 07 de febrero de 1960 ii) con cotizaciones al ISS desde el 22 de mayo de 1989 (pág. 28 - 30, al índice 01.) y iii) el 29 de septiembre de 1995 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Protección S.A. (pág. 35, ibidem e índice 02. Pág. 34).

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 24/08/20 (índice 01 Pág. 236) tenía cumplidos 60 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Protección S.A. y Colpensiones (pág. 53 a 77, índice 01) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres 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 en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

Luego 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, la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, permite analizar 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.

³ (Exp. Digital: 095GravacionArtiucl077y80).

En referencia al deber de información, la sentencia 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 1º 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 supe 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 2 de junio 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 inexecutable 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 Segundo de la sentencia que se conoce en grado jurisdiccional de consulta, para ordenar a que se retorne a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales en caso de existir, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, 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, 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, además no resulta oponible anteponer la limitación de traslado por edad del afiliado. Ya que el presente asunto trata 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 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 veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante el señor HECTOR SAUL MORENO LAITON y demandadas PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES.

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

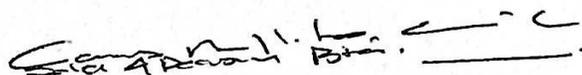
ORDENAR a la demandada la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES — COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor HECTOR SAUL MORENO LAITON, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, 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 afiliado 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: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

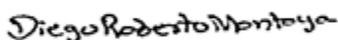
Notifíquese por EDICTO.



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: **a1836be971ba14caa98882e78093cf769eba3aaa9e50573145aedcf7914c100c**

Documento generado en 30/11/2022 04:53:13 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 CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- de noviembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de primera instancia de CESAR ALBERTO PEDRAZA PULIDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A Rad. 1100131050 34 2020 00320 01

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,

AUTO

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 los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá del Veinticuatro (24) 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

CESAR ALBERTO PEDRAZA PULIDO llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Sociedad Administradora Colombiana de Pensiones y Cesantías Porvenir 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 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.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 18 de agosto de 1959 y que desde 21 de enero de 1991 efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones; que posteriormente se trasladó Colfondos S.A, en enero de 1997. Agregó que, los promotores o asesores de Colfondos no le brindaron el deber de información, asesoría al momento del traslado de régimen, como tampoco se le realizó una proyección pensional. Por último, señaló que solicitó a Colfondos la nulidad de la afiliación, petición que fue negada y, el 01 de julio

de 2020 solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado (Exp. Digital: «01Escritodedemanda» 1 a 14 PDF.).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

AFP Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, indicó que al señor Pedraza Pulido sí se le brindó una asesoría de manera integral y completa sobre el régimen general de pensiones, de esta forma la suscripción por el demandante del formulario de afiliación provino de una decisión libre e informada. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «compensación»¹.

Por su parte Colpensiones se opuso a las pretensiones, indicó que en el expediente no obra prueba atinente a que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, tampoco sobre algún vicio del consentimiento, tampoco que existiera alguna inconformidad del demandante, como sí que su traslado fue libre y voluntario. Formuló como excepciones de fondo: «Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «Descapitalización del sistema pensional», «Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima con prestación definida», «Prescripción de la acción laboral», «Caducidad», «Inexistencia de la causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada» «No procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» y la «innominada o genérica»².

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado el 24 de enero de 1997, efectivo a partir del 01 de marzo de 1997, por CESAR ALBERTO PEDRAZA PULIDO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondo de pensiones AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondo de pensiones AFP PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante CESAR ALBERTO PEDRAZA PULIDO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

¹ (Exp. Digital: «07CONTESTACION DEMANDA COLFONDOS PDF» pdf. Págs. 5 a 19).

² (Exp. Digital: «08 CONTESTACION DEMANDA COLPENSIONES» pdf. Págs. 2 a 37).

con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores por concepto de administración.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías AFP PORVENIR S.A, con motivo de la afiliación de CESAR ALBERTO PEDRAZA PULIDO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR en costas procesales a cargo de las demandadas SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A, liquídense por secretaria incluyéndose la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho.

SEXTO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Al respecto la a quo enunció en síntesis que la AFP no cumplió con el deber que le imponía la norma, es decir, no sobre el diligenciamiento de un documento o formulario de afiliación, sino porque existió una información al demandante para el momento en que se trasladó de régimen, conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, sobre todos los efectos del traslado y deber de buen consejo por parte de la AFP, y que estas deben demostrar que no existió tal asimetría en el manejo de la información, bajo presupuesto de la libertad informada, limitándose lo aportado solo al formulario de afiliación. En consecuencia, decidió declarar la ineficacia de la afiliación, bajo restitución de las partes de no haberse realizado el acto nulo. Declaró no probada la excepción de prescripción, dado que la connotación del derecho implicado, como es el reconocimiento de un estado jurídico, no es susceptible de esta excepción (min. 0:41:00)³.

II. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación. Sustentó que bajo la libertad de elección del régimen, también se encuentra la posibilidad de traslado, conforme el artículo 2 de la Ley 797 que modifica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Que la nulidad no puede alegarse pues se trata de un error en punto de derecho que no vicia el consentimiento, traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, por lo que no se refleja ningún vicio del consentimiento. Agregó que no se configuraron los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado, pues el demandante siempre estuvo

³ (Exp. Digital: 15.1 AUDIENCIA PO 11001310503420200032000 (ART 77 Y 80 C.P.T.) -24 MAYO 2022- 02_00 PM-20220524_141500-Grabación de la reunión FL (360)).

consciente de la afiliación que estaba realizando, cuando suscribió el formulario de afiliación y que desconocer la Ley no genera excusa al actor. Indicó que debe tenerse en cuenta que el RAIS y RPMPD tienen una forma diferente de distribución de los aportes, aceptar el traslado, implica poner en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema por el tiempo que su representada no ha recibido aportes, dada la diferencia de la mesada pensional que podría obtener el actor. Retomó las consecuencias de la descapitalización pensional en materia de traslados, de acuerdo con lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional, cuando a menos de 10 años para obtener la pensión de vejez, se presentan personas que antes no han contribuido al sistema, como en el caso del demandante en donde lo expuesto va a conllevar reconocimiento de pensión de vejez por su representada. (min. 1:15:00).

Porvenir S.A. apeló la decisión, argumentando que el traslado del accionante en 1997 es completamente válido, ya que el actor debía conocer, al momento del traslado, la Ley 100 de 1993, demandante que debía conocer la información legal para el traslado efectuado. Que está acreditado que, mediante el formulario de afiliación que el traslado fue libre, voluntario y consciente. Indicó que no es procedente, el traslado de gastos de administración, que son descuento permitidos por la Ley y no hacen parte de la pensión de vejez, como tampoco procede la devolución de la prima de previsional de seguros, pues ello conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, ya que es la contraprestación por la administración y no pertenecen al afiliado, de acuerdo con la lógica de la ineficacia el demandante debería el demandante devolver los rendimientos. Agregó que los gastos de administración no financian la pensión de vejez, por tanto, se debe declarar probada la excepción de prescripción. (Min. 1:21:30)

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 Cesar Alberto Pedraza Pulido 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 el demandante nació 10 de agosto de 1959 (pag.3 índice 02); ii) con cotizaciones al ISS desde el 21 de enero de 1991 (pág. 5, ibid.) y iii) el 24

de enero de 1997 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A, efectivo a partir del 01 de marzo de 1997 (pág. 71 a 74, índice 07).

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 23/09/20 (índice 03) tenía cumplidos 61 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Porvenir y Colpensiones (fls. 17 a 24 índice 02) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres 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 en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, frente a lo indicado en el recurso de Colpensiones, lo que se pretende deviene de los efectos 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 del consentimiento informado a cargo de Porvenir S.A.

Al respecto, en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se trató 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).

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, pues el formulario de afiliación, se extiende al consentimiento simple, pero no infiere que fuera precedido del deber de información a cargo del administrado experto. 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.

Lo planteado por la Máxima Corporación en esta especialidad 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, el que no supe 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 lo 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 se asentó 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, 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, pues pese que el demandante, pueda acercarse a la edad mínima pensional, el traslado no

corresponde únicamente por las cotizaciones netas y bajo tal postulado, pese la inconformidad de Porvenir S.A., se explica el giro tanto de rendimientos, como de la cotización completa, incluyendo las comisiones cobradas y seguros provisionales.

Razones expuestas que permiten concluir que lo sustentado en la apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, 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 24 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 inexecutable 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 de la sentencia recurrida, que si bien hace mención de los anteriores conceptos, no así 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, 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 si mismo en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. Por esta razón tampoco resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado o porque permaneciera cierto tiempo en el RAIS, sin haber indicado inconformidad alguna.

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 segundo 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 el numeral primero de la sentencia proferida el día veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los aportes que a nombre del actor 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

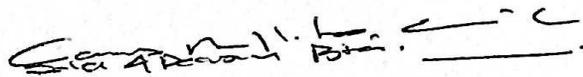
y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

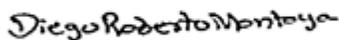
Notifíquese por EDICTO.



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: **726aa7accb1e6b571be4fa356bbb055bfbdb1ed1a0ccb4f9f023d30da0566951**

Documento generado en 30/11/2022 04:53:15 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

-30- noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-037-2021-00178-01

Demandante: DIANA JUDITH ROA BUITRAGO

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES PORVENIR S.A Y ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones y Porvenir S.A contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá el cinco (05) de julio de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones (Art 69 del CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Diana Judith Roa Buitrago llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A., y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A, para que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Porvenir S.A. y Protección S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS hoy Colpensiones. En consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad por concepto de cotizaciones o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos financieros que se hubieren causado y cuotas o gastos de administración, debidamente indexados. En caso de que sus pretensiones no fueren acogidas, de manera subsidiaria, solicitó se condene a Porvenir S.A. y Protección S.A. al pago de los perjuicios materiales ocasionados, por lucro cesante y daño emergente.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el día 16 de mayo de 1965; que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones, desde el 26 de enero de 1990; que al 11 de marzo de 1994, acudió a su sitio de trabajo intermediario comercial de Porvenir S.A. en donde no se brindó información clara y suficiente sobre los efectos del traslado y condiciones de cada régimen pensional,

fecha en que firmó formulario de vinculación al RAIS con destino a Porvenir S.A.; que el 22 de octubre de 2002, decidió cambiarse de administradora a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A, 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. Que existen notables diferencias en los montos pensionales esperados entre un régimen y otro, también manifestó que el 24 de marzo de 2021 solicitó el traslado de régimen pensional ante Colpensiones, sin obtener aún respuesta. (*Expediente Digital: 1. Escrito demanda pdf. 2 a 23*).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, indicó que no le consta la solicitud administrativa realizada por la demandante, además, aseguró que el traslado de la demandante fue en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen, sin ningún vicio del consentimiento. Formuló como excepciones perentorias las de «*aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021* », «*error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento*», «*prescripción*», «*presunción de legalidad*», «*cobro de lo no debido*», «*buena fe*» y «*innominada o genérica*»¹.

Por su parte, Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones, aseguró que a la señora Roa Buitrago obedeció a una decisión libre, voluntaria e informada de acuerdo a la solicitud de vinculación, documento que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; Propuso como excepciones de mérito las de «*prescripción*», «*buena fe*», «*inexistencia de la obligación*», «*compensación*» y «*excepción genérica*»².

Protección S.A. Se opuso la prosperidad de las pretensiones al considerar que la afiliación de la demandante en el RAIS es válida y eficaz, sin justificación que conlleve a declarar nulidad de la afiliación realizada. Formuló como excepciones de mérito las de «*inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*», «*buena fe*», «*aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones*», «*reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa*», «*inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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*», «*improcedencia de condena en perjuicios*».³

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día cinco (05) de julio de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora DIANA JUDITH ROA BUITRAGO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. que tuvo como fecha suscripción el 11 de mayo de 1994. En

¹ (Exp. Digital: «06. Contestación» pdf. Págs. 3 a 25).

² (Exp. Digital: «07. Contestación» pdf. Págs. 3 a 34).

³ (Exp. Digital: «08. Contestación» pdf. Págs. 3 a 28).

consecuencia, se declara válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los gastos cobrados por administración, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los gastos cobrados por administración por el periodo de vinculación de la demandante, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., para tal efecto se fijan como agencias en derecho para cada una la suma de un (1) SMLMV, a favor de la demandante. Sin costas a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES. (...) "

La anterior sentencia se fundamentó en observar que Protección S.A. y Porvenir S.A. incumplieron el deber de proporcionar una información clara y completa al momento del traslado y del traslado horizontal, lo que influyó en la decisión de trasladarse de régimen y permanecer en este. Por tanto, procedía declarar la ineficacia de tal afiliación, siendo válida la afiliación de la demandante al RPMPD, con el traslado de todos los aportes, con rendimientos, comisiones y gastos de administración. Frente a la excepción de prescripción, indicó que esta no prospera por estar ligada a la construcción del derecho pensional, por lo que es imprescriptible⁴.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, sustentado en que la demandante realizó traslado de régimen pensional ejerciendo su derecho de libre escogencia, en donde se suscribió formulario de afiliación el cual evidencia que, la afiliación se llevó a cabo libre de apremios y por voluntad de la demandante, de acuerdo a la normatividad de la época, la cual, además, se ratificó con los más de 20 años de permanencia en el RAIS, así como el traslado horizontal en el mismo. Asentimiento de traslado que para la época solo se sustentaba en el formulario de traslado, siendo imposible aportar otros documentos. Agregó que, las características de los regímenes se encuentran en la Ley 100 de 1993, norma de común conocimiento para todos los ciudadanos, incluida la demandante, sin poder excusarse en la ignorancia de esta, y sin olvidar sus obligaciones como consumidora financiera para con la AFP que eligió. Sin que las semanas cotizadas representaran un derecho adquirido, como tampoco la expectativa del monto pensional que se encuentra en la Ley 100 de 1993. Finalmente, adujo que el traslado de la parte accionante afecta el principio de sostenibilidad financiera del RPMPD, teniendo en cuenta la falta de contribución de la demandante al fondo común que financia las pensiones en este régimen, derivando así en un menoscabo patrimonial para la entidad, por la falta de

⁴ (Exp. Digital: «17. ACTA AUDIENCIA» pdf. Págs. 1 a 3).

contribución a fondo común y carga sobre los demás afiliados, por quien no ha aportado al mismo. Insistió sobre la absolución de costas al no haber participado su representada en el traslado al RAIS (Min. 34:11).

Por su parte, Porvenir S.A, apeló la decisión con fundamento en que no se probó el engaño sufrido por la actora, ocasionado por la AFP, esto por cuanto se suscribió formulario de afiliación donde la actora expresó su voluntad y entendimiento de los efectos ocasionados por el traslado de acuerdo al artículo 114 de la Ley 100 de 1993, sin que tal suscripción sea una declaración vacía, aunado la publicaciones en medios masivos sobre el derecho de retracto, máxime, cuando la demandante tenía la posibilidad de trasladarse de régimen antes de que le faltaran 10 años para pensionarse, según el artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificado por el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, sin que ejerciera dicha facultad. De otro lado, el Sistema General de Pensiones es de obligatorio cumplimiento y no es dable argumentar la ignorancia de las características, efectos y consecuencias de cada régimen, conforme a la presunción legal del artículo 9 del Código Civil; aunado el traslado a la AFP Santander hoy Protección, donde tampoco la actora presentó inconformidad, lo que da soporte de su aceptación de afiliación al RAIS.

Adicionalmente, 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 trasladar 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, aunado que de condenarse a la devolución de las comisiones de administración, estos se compensen con los rendimientos financieros que su representada generó para el demandante, por lo cual indica que se debe absolver a su representada de todas las pretensiones (Min. 39:40).

IV. 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 16 de mayo de 1965 (Pág. 28, al índice 01. Escrito demanda.pdf), ii) con cotizaciones al ISS desde el 26 de enero de 1990 (pág. 123 a 126, ibidem.), iii) el 11 de mayo 1994 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. (pág. 101, ibidem.), y iv) el 22 de octubre de 2002 se trasladó a Pensiones y Cesantías Santander, hoy Protección S.A. (pág. 101, ibidem y pág. 97 al índice 91).

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 16/04/21 (índice 02) tenía cumplidos 55 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (pág. 127 a 130, índice 01) 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 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 quien indica 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, 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 1º 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.

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, doctrina que no considera que el afiliado deba conocer los efectos del traslado y condiciones de cada régimen, pues se parte de la existencia de tal administrador experto que promueve la afiliación y sobre el cual recae la obligación de buen consejo.

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 supe 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 el *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 efectuado traslados entre AFP 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 tal Régimen, así lo asentó 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., por 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 financiera del régimen a cargo de Colpensiones, 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 05 de julio 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 inexecutable 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, 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 y por la misma razón la edad de la afiliada tratándose de ineficacia del traslado no es premisa suficiente para absolver como si se tratara de un traslado respecto a la edad mínima 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.

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 el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día cinco (05) de julio de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora DIANA JUDITH ROA BUITRAGO y demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.

SEGUNDO: ADICIONAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia, los cuales quedarán así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, los aportes efectuados por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, bono pensional si existiese, los gastos de administración, 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 debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas administradoras 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: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-, los gastos cobrados por administración por el periodo de vinculación de la demandante, que incluya 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,

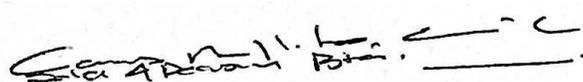
debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esta administradora"

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

CUARTO: 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
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: **80f20243e8edf4495aaf1cad9ff50a17e3470464059d3976c311d68c6da098ae**

Documento generado en 30/11/2022 04:53:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>