



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

MAGISTRADO PONENTE:
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-11- de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL de TRANSPORTADORA COMERCIAL
COLOMBIA S.A.S. – TCC contra ERICK BERRIO GONZÁLEZ. Rad. 110013105 043
2023 00525 02.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado¹ contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de noviembre de 2023.

ANTECEDENTES

La sociedad Transportadora Comercial Colombia S.A.S., por intermedio de apoderado judicial, llamó a juicio a Erick Berrio González, para que se declare que existe justa causa para terminar el contrato de trabajo del demandado, como consecuencia de ello, se autorice a la empresa para finalizar la relación laboral existente entre las partes, así como se condene al demandado al pago de las costas y agencias en derecho. De igual manera, solicitó oficiar a la Dirección Territorial de Trabajo de Cundinamarca, a fin que se sirva efectuar las correspondientes anotaciones en el registro sindical de la Subdirectiva Bogotá de la organización sindical USTTC.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que Erick Berrio González se encuentra vinculado en TCC S.A.S. mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 7 de abril de 2010, cumpliendo sus labores en la ciudad de Bogotá en el cargo de Auxiliar Logístico. Señaló que dentro de la empresa existen varias organizaciones sindicales, entre ellas, el sindicato Unión Sindical de Trabajadores del Transporte en Colombia USTTC, con domicilio en Cajicá – Cundinamarca, respecto del cual el demandado es integrante y directivo de la subdirectiva Bogotá en condición de Vicepresidente, por lo que goza del amparo de fuero sindical.

¹ Paso Despacho 01/12/2023

Destacó que el trabajador recientemente incurrió en una serie de conductas graves de violación a sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias las cuales agrupó de la siguiente manera:

“A. Tramitó de manera clandestina e irregular liquidación parcial de cesantías mediante la adulteración de documentos privados, simulando ante el fondo de cesantías PORVENIR S.A., que el área de Gestión Humana de TCC S.A.S., había autorizado tal liquidación, como se expondrá más adelante. Usó indebidamente el logo y papelería de la empresa y utilizó una firma de un supuesto directivo que nunca ha estado en la nómina de la empresa.

B. Faltó al trabajo en varias ocasiones, presentando como justificación varias supuestas incapacidades expedidas por la red de servicios de la EPS SALUD TOTAL, entidad que ha certificado que el señor BERRIO GONZALEZ no concurrió a los servicios médicos de su red prestadora de servicios de salud en las fechas que aparecen en los documentos presentados a la empresa como justificación de ausencia al trabajo, certificando dicha EPS que los documentos no corresponden a la papelería, membretes, firmas y contenidos utilizados por la EPS, es decir, adulteró y falsificó documentos del sistema de seguridad social en salud con el propósito de obtener provechos económicos indebidos y fraudulentos, tanto para justificar varias ausencias al trabajo como al recibir el pago de dichas incapacidades a través de la nómina quincenal.

C. Las mencionadas “incapacidades medicas” adulteradas y carentes de verdad le fueron pagadas en las distintas oportunidades por parte de la empresa obteniendo el señor BERRIO GONZALEZ un provecho injustificado o un enriquecimiento sin causa.

D. Las mencionadas “incapacidades medicas”, no podrán ser objeto de recobro por parte de la empresa a la EPS SALUD TOTAL, puesto que se trata de “incapacidades” que no pueden ser transcritas legalmente, que son fraudulentas, que no correspondieron a procesos de atención en salud por parte de médicos de la red prestadora de servicios de salud de dicha EPS”.

Detalló que la empresa, conforme una comunicación remitida el 28 de marzo de 2023 por parte de Porvenir, procedió a verificar una presunta solicitud de retiro de cesantías solicitada por el trabajador, para lo cual se advirtió que dicho trámite no se realizó a través de la compañía, pues se encontraron evidencias de que tal documento contiene información errónea y que el mismo no fue elaborado ni suministrado por el empleador, además, que no existe evidencia alguna de que el demandado haya entregado documentos que acrediten la remodelación de vivienda ni los documentos que prueban la propiedad de la misma. Adicionalmente, que el demandado incurrió en incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, ya que faltó de manera injustificada a su puesto de trabajo el 13 de abril de 2023, sin que a la fecha hay remitido alguna documentación que justifique su inasistencia. Conductas por las

cuales el trabajador fue citado y asistió a la diligencia de descargos adelantada el 14 de abril de 2023.

Por lo anterior, que el 25 de abril de 2023, de acuerdo con las faltas conocidas por la empresa, se envió al demandante una carta que da cuenta de los motivos o razones para terminar el contrato de trabajo con justa causa, indicándosele que dicha terminación quedaba en suspenso mientras se tramitaba el correspondiente permiso del levantamiento del fuero sindical. Añadió que el 25 de mayo de 2023, la EPS Salud Total certificó que varias de las incapacidades presentadas por el trabajador presentan múltiples inconsistencias y adulteraciones, incapacidades que fueron pagadas por la empresa en las respectivas quincenas, por lo que nuevamente se citó al trabajador para diligencia de descargos o ampliación, requiriendo además al demandado explicaciones por no haberse presentado a trabajar en varios turnos por estar supuestamente incapacitado, entre ellos, los días 13 y 14 de febrero, 7 y 8 de marzo de 2023; diligencia que se llevó a cabo el 15 de junio de 2023.

Agregó que en vista de las nuevas y reiteradas faltas graves cometidas por el demandado, después de haber presentado descargos sobre la alegada adulteración de documentos para retirar cesantías parciales, se envió al demandado una nueva comunicación sobre los motivos de terminación del contrato de trabajo².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitido el presente proceso por el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 4 julio de 2023³, y una vez se adelantaron los trámites de notificación a la demandada y a la organización sindical USTTC, ese despacho judicial se constituyó en audiencia especial prevista en el artículo 114 del CPTSS el 29 de septiembre de 2023; momento procesal en el que el señor Erick Berrio González y el sindicato USTTC, a través de apoderado judicial, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones invocadas por la actora por considerarlas infundadas.

Señaló que la solicitud de que se declare justa causa para terminar el contrato de trabajo no se ajusta a los requisitos establecidos en la ley por cuanto no se enuncia de manera inequívoca, ni con los requisitos dispuestos por el artículo 410 del CST, las estrictas razones, causales o motivos de orden legal por las cuales el empleador demandante pretende autorización de despido mediante la extinción de la garantía foral del demandado. Lo anterior por cuanto se omite la exposición clara e inequívoca de las causales legales por las cuales se pretende la autorización judicial del despido. Agregó que la norma sustancial que autoriza la terminación del contrato por justa

² Índice 01

³ Índice 02

causa exige al demandante que precise la manifestación expresa y exacta de la causal o causales que invoca para que el juez autorice el despido, y por tanto se excluye una motivación cualquiera, arbitraria o sometida al azar o a la interpretación a la cual pueda llegarse al final del proceso o como conclusión del mismo por el juzgador al cual someta la solicitud de esta autorización de despido; exigencia que omitió la demandante, lo que no permite al trabajador demandado ni al sindicato esgrimir su derecho de defensa y de contradicción en debida forma, y articular las garantías sustanciales del proceso.

Por otra parte, que no se les puede restringir o anular a los trabajadores tanto su derecho o coaligarse o asociarse sindicalmente, en ejercicio del derecho que les defiende el artículo 39 constitucional y a tener sus representantes directivos sindicales con las garantías protectoras forales, sino que también no se les puede impedir el debate de los asuntos que en su gestión de asociación y defensa de sus derechos les compete, mediante cualquier acción judicial. Por lo demás, que el trabajador no ha incurrido en hecho u omisión alguna que sea de aquellas que rompan sus obligaciones contractuales, constitucionales, legales y reglamentarias. Formuló como excepciones de fondo las de: *inexistencia de justa causa, ausencia de soporte probatorio que acredite válidamente el supuesto incumplimiento o transgresión de las obligaciones del trabajador, declaraciones del trabajador en diligencia de descargos no son prueba de incumplimiento u omisiones del trabajador, violación del derecho al debido proceso disciplinario e inexistencia de comprobación de la falta* (min. 11:00 índice 21 – primera parte).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 23 de noviembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor ERICK BERRIO GONZALEZ, trabajador de la empresa TCC SAS. incurrió en la justa causa para dar por terminando de manera unilateral por parte del empleador el contrato de trabajo, enlistada en el numeral 6 del artículo 62 del CST modificado por el artículo 7 del decreto 2351 de 1965, en su segundo supuesto; esto es, la referente a haber incurrido el trabajador en una falta grave calificada como tal en el reglamento interno de trabajo.

SEGUNDO: DISPONER el levantamiento de la garantía foral que ampara al señor ERICK BERRIO GONZALEZ en su calidad de vicepresidente de la subdirectiva Bogotá del SINDICATO UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – USTCC.

TERCERO: AUTORIZAR a TCC SAS., para que proceda a despedir al demandado ERICK BERRIO GONZALEZ

CUARTO: DECLARAR no probadas los supuestos de hecho que soportan las excepciones de mérito denominadas INEXISTENCIA DE JUSTA CAUSA, AUSENCIA DE SOPORTE PROBATORIO QUE ACREDITE VÁLIDAMENTE EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO O TRANSGRESIÓN DE LAS OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR, DECLARACIONES DEL TRABAJADOR EN DILIGENCIA DE DESCARGOS NO SON PRUEBA DE INCUMPLIMIENTO U OMISIONES DEL TRABAJADOR, PUESTO QUE SON DECLARACIONES QUE DE NINGUNA MANERA TENGAN EL CARÁCTER PROBATORIO DE CONFESIÓN Y VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO, INEXISTENCIA DE COMPROBACIÓN DE LA FALTA impetradas por el demandado.

QUINTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandada y en favor del demandante. Las agencias en derecho se estiman en \$580.000. [...]”.

Para arribar a tal conclusión, señaló la juez de primer grado la sociedad demandante no vulneró el debido proceso en la investigación que adelantó al trabajador, con la cual tomó como base para dar por terminado su contrato de trabajo, en atención a que en dicho procedimiento se dio cabal cumplimiento a lo señalado por la Corte Constitucional; además, que se realizaron las diligencias y trámites estipulados en el RIT, sin que el demandado hubiera interpuesto recurso alguno contra la decisión tomada por la empresa.

Agregó que los argumentos de la demandada para solicitar la autorización de terminación del contrato de trabajo se circunscriben en indicar que el trabajador Erick Berrio González incurrió recientemente en una serie de conductas graves de violación a sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias relacionadas en que tramitó de manera clandestina e irregular la liquidación parcial de cesantías mediante la adulteración de documentos privados, así como faltó al trabajo en varias ocasiones. Supuestos que consideró se encuentran demostrados y constituyen la justa causa para dar por terminado de manera unilateral por parte del empleador el contrato de trabajo, enlistada en el numeral 1 y 6 del artículo 62 del CST, artículos 50, 51 y 52 del RIT, la cláusula undécima del contrato de trabajo y los numerales 6.2.7 y 6.2.22 del manual de buen gobierno. Lo anterior, en virtud a que no constituye objeto de duda lo referente a que el demandado con las conductas por él ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, relacionadas a solicitar las cesantías por intermedio de terceras personas y no poner de presente dichas irregularidades a la empresa, pese a que si bien es cierto manifestó que en un principio no tenía conocimiento de que esa gestión que estaba realizando con una tercera persona correspondía a un trámite irregular, también lo es que con posterioridad al retiro fue comunicado por terceras personas sobre la irregularidad de dicho trámite; y aun cuando conocía dicha circunstancia, no informó nada a su empleador sobre el trámite que había adelantado y del que presuntamente había sido engañado, sino que el empleador tuvo conocimiento de ello

en razón a la comunicación emitida por el fondo de cesantías, omitiendo con el cumplimiento de sus obligaciones y deberes.

Al igual, que al ausentarse de su sitio de trabajo presentando incapacidades que no son expedidas por su EPS y al no soportar calamidad domestica que adujo presentar en abril de 2023, incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones como trabajador, especialmente, ausentarse a su puesto de trabajo sin una justa causa demostrable a su empleador. Finalmente, advirtió la *a quo* el calificativo de falta grave que le ha otorgado el RIT a las conductas desplegadas por el demandado no pueden ser objeto de convalidación o examen por parte del juzgador, conforme lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, por lo que ante la presencia de elementos probatorios que dan cuenta de que el demandado incurrió en las conductas calificadas como graves en el RIT y que se encuentra acreditada la estructuración de la causal objetiva para dar por terminado el contrato de trabajo de Erick Berrio González, resulta jurídicamente procedente levantar la garantía foral y autorizar el despido del trabajador (min 7:28).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el vocero judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación para lo cual arguyó que la providencia no tuvo como sustento que el empleador hubiera acreditado la existencia de justas causas para dar por terminado el contrato, pues si se hace remisión al artículo 408 del CST, este dispone que debe ser el empleador quien acredite ante el juez del trabajo la existencia de la justa causa y no corresponde al juzgador encontrar o auscultar la existencia de una justa causa, más aun cuando la misma norma establece que el juez negara el permiso que hubieres solicitado el empleador para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical si no comprobare justa causa, es decir, es el empleador quien debe acreditar la existencia de la justa causa y no es tarea del juzgador atribuírsele la tarea o la carga que corresponde al demandante de acreditar los hechos constitutivos de las justas causas que alegue.

Agregó que el empleador expuso como fundamento de la presente acción el artículo 55 del RIT, que preside la relación de los trabajadores que tiene con su empleador y las obligaciones de las partes, no sin antes advertir que la empresa se debe atener a un procedimiento regulado en el mismo texto para la comprobación de las faltas, para lo cual, conforme el artículo 115 del CST, ese procedimiento contempla varias irregularidades violatorias del debido proceso, pues se solicitó al trabajador que sea inculpado; adicionalmente se le citó a una ampliación de unos hechos y no propiamente a una diligencia de descargos, denominación que tiene su razón de ser en la práctica que se va adelantar, ya que se le invitó a que asistiera a una diligencia con dos miembros del sindicato como testigos de oídas, citación que no tiene nada

que ver con los mandados del señalado artículo 115 *ibídem*, pues en esa norma se indica que el trabajador puede acudir al procedimiento disciplinario como medio de defensa, acompañado por dos miembros del sindicato y por ampliación doctrinal por dos compañeros de trabajo para que sean escuchados por el empleador que adelante ese procedimiento ordinario; procedimiento que se adelantó sin las garantías mínimas a las que tiene derecho el trabajador y que van en contravía con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-593 de 2014, que estableció que el debido proceso debe estar regido por el artículo 29 superior, debido proceso que está siendo vulnerado no solo con el tipo de denominación, sino también por la violación a los derechos del trabajador a no auto criminalse como lo dispone el artículo 33 de la C.N., que prohíbe ese tipo de prácticas. En esta caso, se debe acudir a la foliatura electrónica de este proceso en donde en el folio 297 aparece todo el texto de los interrogatorios, en donde incluso al trabajador se le hacen nuevas imputaciones, esto es que aparte de las que se le hicieron en el llamamiento a cargos, está llamado a otras acusaciones, imputaciones o cargos que se le hicieron; acusaciones y hechos que se someten a controversia de la contraparte que en todo caso no puede valerse como medio de prueba para pretender la confesión del trabajador, cuando el empleador debe estar seguro de que las imputaciones realizadas están suficientemente acreditadas con las pruebas que contra él quiera hacer valer, las cuales debieron ser aportadas con la citación para que el trabajador se manifieste en descargos; máxime cuando las preguntas que se le realizaron al trabajador obedecen más bien a un interrogatorio de parte, donde claramente no se le invita a que manifieste sus razones lo que, reitera, va en contravía de las garantías constitucionales y derechos fundamentales.

Expresó que el actuar de la empresa no se ajusta a lo estipulado en el numeral 5° artículo 57 del CST, que dispone que el empleador no puede asaltar al trabajador en su dignidad, debido a que el procedimiento fue adelantado con violación a las normas legales que rigen el proceso disciplinario al cual fue sometido el actor. Afirmó que se está ante la obtención de una prueba ilegal e ilícita, por razón de que esta prueba no fue obtenida con la observancia de las normas legales y con el respeto de los derechos fundamentales del trabajador. Que el procedimiento por el cual se optó la decisión por dar terminado el contrato del trabajador que en este caso queda sometido a la aprobación del juez de trabajo, debió observarse que la prueba que se adujo como comprobación de la falta, de acuerdo a la normativa que preside la relación del empleador con sus trabajadores en el reglamento interno de trabajo, pues se trata de un mecanismo de comprobación de la falta, para lo cual en el presente asunto se advierte que las faltas incoadas no fueron comprobadas o fueron obtenidas con violación al debido proceso, ultimas que no debieron ser tenidas en cuenta dentro del presente proceso conforme pronunciamiento reiterado de la Corte Constitucional;

reiteró que no es el juez al que le compete encontrar la existencia de la jura causa, sino al empleador demostrar la misma.

Destacó que en el caso de una calamidad domestica alegada por el trabajador, la misma obedeció a una poco usual, por lo que no pudo concurrir a su trabajo en atención a que el hijo del demandado había desaparecido, sin que se pueda inferir alguna prueba idónea para este caso, pues es apenas lógico que en una situación de angustia y desaparición en la cual se pueda encontrar un padre que es cabeza de familia, no se esté pensando en la prueba que va a llevar a la empresa sino que prima la urgencia de encontrar a su hijo, sin que se piense en los trámites que le pueda acarrear o le pueda imponer el empleador, bastando la presunción de buena fe. También trajo a colación lo referente al retiro de cesantías, aclarando que se presumió que el trabajador casi que incurrió en una situación delictiva, por lo que este llevó las impresiones de las actividades casi que extorsivas a las cuales fue sometido por las personas que lo sometieron al engaño de que le tramitaban sus cesantías de manera lícita y lo expresaban así en los chat y publicaciones que le dieron, donde le sostenían que no había problema alguno frente a ese trámite; y bajo esa confianza mantuvo la intención de retirar sus cesantías con documentos que no se acreditaron hubiesen sido elaborados por el trabajador. Tampoco quedó demostrado que el trabajador expidiera unas supuestas incapacidades de carácter médico con el fin de acreditar el estado de enfermedad que lo incapacita para laborar, las cuales fueron expedidas por una EPS que finalmente niega esos comprobantes; ya que es de conocimiento público que este tipo de documentos está sujeto a fácil comprobación por parte del empleador y si se estuviese incurriendo en falsificación, esa acreditación es muy deleznable ya que el trabajador está en el supuesto que esa documental es idónea, siendo ilógico que se pusiera a fabricarla, sabiendo las consecuencias de ello. Además, que debe tenerse en cuenta que el demandado presenta restricciones para su desempeño laboral por lo que le fueron reasignadas otras laborales, hecho que es acreditado en el proceso, con lo que se verifica que sí tenía unas deficiencias que le impedían prestar el servicio como lo requiere el empleador y que lo incapacitan para prestar su servicio (min. 1:13:18).

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, determinar si el procedimiento disciplinario adelantado por la empresa demandante se ajustó a derecho y si debe autorizarse el levantamiento de fuero sindical Eirck Berrio González, en consecuencia, concederse el permiso para terminar la relación laboral que actualmente sostienen las partes.

CONSIDERACIONES

El Fuero Sindical constituye un privilegio y amparo de origen, por el cual se garantiza que ningún trabajador aforado pueda ser despedido, desmejorado o trasladado a otro establecimiento de la misma empresa sin justa causa previamente calificada por el Juez del trabajo. Calificación que debe hacerse a través de proceso especial de fuero sindical según lo establece el artículo 39 de la Constitución Nacional.

Para el presente asunto, debe establecerse que el fuero sindical implica que para proceder a la terminación del contrato de trabajo o a la desvinculación, aun cuando exista justa causa, el empleador, debe tramitar la autorización para despedir al aforado, por considerar que existe justa causa para la terminación del contrato de trabajo, a esto se llega por el proceso especial de fuero sindical en su modalidad de acción permiso para despedir, que aquí se tramita.

Definido el ámbito de protección del fuero sindical, es necesario subrayar que esta protección debe estar precedida de la existencia de un sindicato u organización sindical, que se encuentre acorde a los preceptos y exigencias establecidas por el artículo 359 y SS. del CST. Es de precisar entonces que no fue objeto de reproche la existencia de la relación laboral entre el señor Erick Berrio González y la Transportadora Comercial Colombia S.A.S. – TCC S.A.S-, presupuesto que se encuentra corroborado según lo manifestados por ambos extremos procesales y conforme el contrato de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito entre las partes el 7 de abril de 2010 en virtud del cual el demandado fue vinculado para realizar las labores como auxiliar de servicios (índice 01 págs. 67 a 75); contrato que fue adicionado el 30 de agosto de 2014 en el que se pactó el cambio de denominación del cargo a auxiliar logístico (págs. 76 a 78 *ibídem*).

De igual manera, por la demandante se aportó documentales obrantes al índice 01 págs. 131 a 135, donde se corrobora que en efecto el demandado hace parte de la organización Unión Sindical de Trabajadores del Transporte en Colombia “USTTC”, como inscrito en la junta directiva en el cargo de Vicepresidente, con fecha de acta de asamblea de nombramiento del 2 de abril de 2022, por lo que goza de la garantía de fuero sindical de conformidad con lo establecido en los artículos 405 y 406 del CST, hechos que no son objeto de controversia y sobre los cuales no se efectuará consideración adicional.

Solicitó el recurrente se analice el procedimiento realizado al trabajador para darle por terminado su contrato de trabajo, pues, a su consideración, no se respetaron las garantías y derechos constitucionales y, en consecuencia, el trámite disciplinario adelantado por la demandante es contrario a los postulados normativos.

Precisa la Sala que no existe obligatoriedad de agotar un procedimiento disciplinario previo a la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, y su ausencia en manera alguna vicia o afecta la validez del despido, al respecto la Sala de Casación Laboral ha indicado que el despido no es una sanción disciplinaria por lo que no es necesario el adelantamiento previo de un proceso disciplinario. Adicionalmente, debe recordarse que, en criterio de la Alta Corporación, el derecho al debido proceso se materializa con la posibilidad de que el trabajador tenga la oportunidad de ser oído y dar sus explicaciones sobre los hechos que el empleador va a señalar como motivo de despido, tal como se precisó en decisión CSJ SL2351-2020 que indica:

“De tal manera que no pudo incurrir el ad quem en el desconocimiento del «debido proceso» en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega la recurrente, al no aceptar que el despido del actor fue ilegal por no habersele permitido conocer los cargos que se le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Ciertamente, como lo anotó el ad quem, la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa.”

No obstante lo anterior, en el *sub lite* se observa que el artículo 55 del RIT vigente en la empresa demandante se estipuló que “[a]ntes de aplicarse una sanción disciplinaria o de darse por terminado un contrato de trabajo con justa causa, el Empleador dará aplicación al procedimiento disciplinario” (pág. 107 índice 01); precepto que es aplicable al presente asunto y que se acompasa con lo establecido en el artículo 20 de la Convención Colectiva de Trabajo 2020-2023, vigente y aplicable al trabajador para la fecha en que se adelantó el procedimiento disciplinario, en cuanto se estableció que TCC promoverá la estabilidad laboral de los trabajadores a su servicio, dando cumplimiento, entre otros, al RIT. Además, en ese mismo articulado se precisó: “q) En caso que resulte procedente la terminación del contrato de trabajo por justa causa, la empresa debe manifestar al Trabajador, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esta determinación” (ibid. pág. 126).

Conforme lo allí estipulado, es claro que el mismo texto convencional estableció el trámite de un procedimiento disciplinario para aquellos trabajadores que se estime han incurrido en una falta disciplinaria, incluso, si por la empresa se considera procedente la terminación del contrato de trabajo por justa causa; es decir, que para ambas situaciones es menester adelantar el trámite disciplinario, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 21 de la misma convención, contenido en el capítulo quinto del procedimiento disciplinario, garantiza el principio de favorabilidad para esta clase de asuntos (ibid.).

Así las cosas, previo a determinarse si se encuentran configuradas las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo del demandado, entrará Sala a verificar si el trámite disciplinario adelantado al trabajador se ajustó a la norma convencional, para lo cual se tiene que el artículo 20 de la Convención Colectiva 2020-2023, señala (págs. 124 a 126 índice 01):

ART. 20. Trámite Procedimiento disciplinario.

La empresa promoverá la estabilidad laboral de los trabajadores a su servicio, dando cumplimiento a la sentencia C 593 de 2014, y las disposiciones legales y constitucionales, en especial lo contenido en el art. 33 de la Constitución Política, el reglamento interno de trabajo y los demás reglamentos y manuales de operación, garantizando el debido proceso y derecho de defensa por parte del trabajador de la siguiente manera:

- a) Enterada la Compañía de una presunta falta disciplinaria cometida por uno de sus colaboradores, que conforme su gravedad amerite la apertura de un proceso disciplinario, la empresa en un término máximo de 15 días contados a partir del conocimiento de la posible falta disciplinaria. Realizará en forma escrita, una comunicación formal de apertura del proceso dirigida al trabajador, denominada "citación a reunión de ampliación de hechos" (para efectos legales, denominados "descargos")
- b) A partir de la entrega de la citación, la diligencia de ampliación de hechos se llevará a cabo como mínimo al día siguiente hábil y en todo caso, se considerarán criterios de gravedad o complejidad de la presunta falta, para ampliar el término de realización de dicha diligencia.
- c) En caso de que el trabajador que deba ser citado a ampliación de hechos se encuentre en licencia, incapacidad, vacaciones o cualquier otra ausencia, se entienden suspendidos los términos establecidos hasta tanto se reanude a laborar.
- d) En dicha citación, se indicará lo siguiente:
 - Fecha, hora y lugar donde se habrá de realizar la reunión de ampliación de hechos.
 - Situación por la cual se le llama a reunión de ampliación de hechos, con relación de las conductas y presuntas faltas disciplinarias.
 - Entrega de las pruebas que tenga la compañía que sustenten la presunta falta cometida.
 - Posibilidad que le asiste de solicitar las pruebas que estime convenientes o aportarlas el día de la reunión de ampliación de hechos.
 - Posibilidad de ser asistido hasta por dos (2) compañeros de USTTC.
- e) La organización sindical podrá asesorar al Colaborador investigado previo a la diligencia de ampliación de hechos.
- f) Dentro de la diligencia de ampliación de hechos, los asesores sindicales podrán realizar una intervención al final de la ampliación, de lo cual se dejará constancia por escrito y será analizado en conjunto dentro del material investigativo. En cualquier caso, el delegado de USTTC actuará en calidad de asesor y su actuación dentro de la diligencia estará encaminada a presenciar el desarrollo de la diligencia, en donde podrá hacer referencia a la misma en el momento en que se le conceda

la palabra, luego de que el trabajador haya explicado los hechos motivo de la citación y contestado las preguntas aclaratorias hechas por los representantes de la empresa.

- g) Efectuada la citación, se procederá a realizar la reunión de ampliación de hechos, donde la Empresa a través del área y persona asignada para ello, interrogará al Trabajador, a efectos que éste de manera unilateral, libre y voluntaria proceda a rendir sus explicaciones sobre los hechos materia de investigación.
- g) Dicha diligencia será tomada de manera verbal, atendiendo a preguntas y respuestas y con el derecho en todo caso a que el Trabajador aporte las pruebas que considere pertinentes y conducentes y se pronuncie sobre los hechos materia de investigación.
- h) De igual forma, se pondrá en conocimiento del colaborador las pruebas en poder de la Compañía relacionadas con la presunta(s) falta(s) disciplinaria(s) cometidas por éste(a), a efectos que se pronuncie si es de su interés sobre las mismas.
- i) De la reunión de ampliación de hechos, se levantará un acta que, de fe de su desarrollo, la que deberá ser firmada por quienes participaron en ella y se entregará una copia al Colaborador.
- j) La Empresa efectuará el análisis con el fin de determinar si hubo o no incumplimiento por parte del colaborador de las obligaciones, deberes y/o prohibiciones contemplados en las normas internas o externas que rigen para la Compañía, y tomará una decisión frente a los hechos ocurridos.
- k) La decisión que asuma la Compañía deberá ser comunicada al colaborador en forma escrita y sustentada.
- l) No podrá imponerse nueva sanción disciplinaria por el mismo hecho juzgado.
- m) El colaborador tendrá la posibilidad de controvertir la decisión adoptada por la Compañía, para lo cual, indicará por escrito y al momento de ser notificado personalmente de dicha decisión, su solicitud de revisión. La posibilidad de controvertir la decisión podrá realizarse a más tardar al día siguiente a la notificación, cuando quiera, que ésta se efectúe por correo certificado u otro medio diverso al personal.
- n) La revisión de la decisión inicial adoptada por la Empresa, estará a cargo de una persona diferente a quien la emitió en primera instancia, según designación que realice la Compañía. Lo anterior en garantía del principio de la doble instancia. La Compañía emitirá su decisión en segunda instancia dentro de un término razonable, bien sea modificando la decisión inicialmente adoptada o confirmándola. Esta decisión no será susceptible de recurso. Dicha petición de revisión o aclaración no suspende la aplicación de la decisión tomada.
- o) Cuando verificadas las pruebas y realizado el correspondiente proceso, no se logra evidenciar la comisión de una falta, se deberá notificar en este sentido por escrito al colaborador como constancia del cierre y archivo del caso.
- p) No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación esencial del trámite señalado en el presente capítulo, sin que se tengan en cuenta aspectos meramente formales u operativos al realizar el procedimiento disciplinario.
- q) En caso que resulte procedente la terminación del contrato de trabajo por justa causa, la empresa debe manifestar al Trabajador, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

La sociedad demandante endilga una serie de conductas graves al trabajador con las que considera se configura la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y, por ende, solicita el levantamiento de fuero sindical. Conductas que tienen origen y escenarios diferentes: i) la primera de ellas hace referencia al trámite irregular de la

liquidación parcial de cesantías mediante la presunta adulteración de documentos privados y ii) las otras consisten en que el demandado faltó a su lugar de trabajo sin justificación alguna o presentando varias incapacidades médicas que, según la demandante, son adulteradas y/o fraudulentas. Además, para cada uno de esos sucesos, el empleador adelantó de manera separada dos procesos disciplinarios, los cuales, a consideración de la Sala, sí se ajustaron a lo establecido en el citado artículo 20 convencional.

Lo anterior como quiera que mediante comunicaciones del 10 de abril y 30 de mayo de 2023, el señor Erick Berrio González fue citado a unas diligencias de ampliación de hechos, por los siguientes motivos respectivamente:

- Comunicación 10/04/2023 (índice 01 págs. 163 a 180)

HECHOS

1. El pasado 28 de marzo del presente año se recibe notificación por parte del fondo de pensiones y cesantías PORVENIR a través del correo electrónico: DIR CANALES PRESENCIALES (Eliana Palma Osorio) <epalmaa@porvenir.com.co> con destino al correo de naldanar@tcc.com.co en el que se notificó a TCC S.A.S. que usted presentó ante dicha entidad, una presunta autorización por parte de la Empresa para el retiro de sus cesantías.
2. Dado que el proceso para autorización de retiro de cesantías se realiza por parte de la empresa, se le solicitó al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR que informara si el retiro de las cesantías sí había sido exitoso y desembolsado, por lo que el día 04 de abril del presente año a través del correo electrónico "DIR CANALES PRESENCIALES (Eliana Palma Osorio)" epalmaa@porvenir.com.co notifica a TCC S.A.S. en específico a la coordinadora de Gestión Personas, Natalia Aldana restrepo de la siguiente información, la cual se transcribe textualmente a continuación:

"Buenas Tardes Natalia,

Comparto adjunto el soporte presentado por el cliente y con el cual le fue entregado el dinero en efectivo.

El proceso de validación de identidad del cliente se realiza por medio del cotejo biométrico de sus huellas, las cuales son validadas con la registraduría nacional y estas después de ser confirmas de forma exitosa se procede con la entrega del dinero."
3. En la notificación de correo electrónico, describa en el numeral anterior, la funcionaria de PORVENIR adjuntó la carta con la que usted presuntamente se presentó al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR para realizar su retiro parcial de cesantías por valor de DOS

MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$2.300.000) por motivo de remodelación de vivienda.

4. La carta para retiro de cesantías que usted al parecer presentó en PORVENIR, y que presuntamente fue expedido por la empresa TCC S.A.S. se encuentra fechada del 15 de marzo 2023 y firmada por un supuesto LUIS CARLOS OSORIO en calidad de director de Gestión Humana, al ser revisado por la empresa, se encuentra serios indicios de que tal documento presenta información errónea y que el mismo no fue suministrado por el Empleador dado que:
- a) El señor Luis Carlos Osorio no labora en la empresa y mucho menos funge como Director de Gestión Humana, tal y como lo certifica el actual coordinador de Nómina y Prestaciones sociales mediante un certificado que se adjunta como material probatorio.
 - b) La dirección de Gestión Humana de Bogotá está a cargo de Deisy Patricia Rojas desde hace varios años y por otro lado, las cartas para retiro parcial de cesantías se tramitan con la coordinación de Gestión Personas y las mismas son firmadas por la Coordinadora del área, la señora Natalia Aldana Restrepo o por el Gerente de Relaciones Laborales, el señor Alejandro Pérez Martínez.
 - c) La presentación del oficio presuntamente expedido por la empresa presenta a su vez un error más y es que en los comunicados expedidos por la empresa para este tipo de trámites, es decir, en el diseño del oficio en la estructura organizacional no se encuentran la Dirección de requerimientos y atención al cliente, si no, el área de servicio al cliente esta denominada como Dirección de Servicio al Cliente, como se prueba mediante certificación aportada por el Director de Diseño Organizacional y que se anexa como prueba.
5. Frente a todos estos hallazgos, también se procede a validar en la base de datos de retiro de cesantías de la empresa TCC S.A.S. por parte del analista de gestión personas a cargo de tal trámite, donde informa que el proceso para el retiro de cesantías parciales por parte de usted, no se realizó a través de la compañía pues no existe evidencia de que usted haya entregado documentos que acrediten la remodelación de vivienda ni los documentos que soportan la propiedad inmueble.
6. De acuerdo con el mismo comunicado emitido por el fondo de pensiones y cesantías Porvenir del pasado 04 de abril del presente año, en el que indica que: *"El proceso de validación de identidad del cliente se realiza por medio del cotejo biométrico de sus huellas, las cuales son validadas con la registraduría nacional y estas después de ser confirmas de forma exitosa se procede con la entrega del dinero"* (tomado textual) se puede evidenciar que usted se presentó personalmente al retiro y que a través del cotejo de sus huellas dactilares se comprobó que fue los datos correspondían a usted y se procedió a la entrega de los más de dos millones de pesos de cesantías por parte del fondo PORVENIR.
7. Así las cosas, se puede observar en el material probatorio entregado por PORVENIR a TCC y que a su vez se le entrega a usted con la presente citación, que el pasado 17 de marzo del presente año a las 13:29 horas le fue autorizado y entregado el dinero de forma exitosa a usted DOS MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$2.300.000) de Cesantías con el fin de remodelación de vivienda, presuntamente con la presentación de una carta alterada que como se describe en los numerales anteriores, nunca emitió TCC S.A.S.

- Comunicación 30/05/2023 (págs. 267 a 276)

1. En legitimidad del derecho a corroborar la información presentada por los colaboradores y en aras de hacer una auditoria interna a los procesos, el pasado 28 de marzo del presente año, la Empresa actuando en calidad de Empleador, elevó derecho de petición en la ciudad de Cali a **SALUD TOTAL EPS DEL REGIMEN CONTRIBUTIVO**. Con la siguiente petición:

"De acuerdo con las 18 incapacidades radicadas a TCC S.A.S por el señor Sr. ERICK BERRIO GONZALEZ por un periodo de incapacidad de uno (1) y dos (2) días, acudimos a que estas últimas sean corroboradas en sus sistemas de validación y que le informe a TCC S.A.S en calidad de Empleador, si las mismas fueron expedidas en las fechas que se evidencia en cada uno de los documentos aportados aquí por los médicos de la red vinculados a SALUD TOTAL EPS"

Fecha de Impresión	Nº DE INCAPACIDAD	DÍAS DE INCAPACIDAD	FECHA INICIO	FECHA FINAL	NOMBRE DE MEDICO	C.C. DE MEDICO
7/06/2022	7073108	2			Bermyx Harley Gutierrez Humos	1121835490
7/07/2022	7870510	2	7/07/2022	8/07/2022	Bermyx Harley Gutierrez Humos	
8/08/2022	97081573	2	8/08/2022	9/08/2022	Magehy Urrego P	52859538
19/09/2022	97058275	1	19/09/2022	19/09/2022	Daniela Fernanda Cruz Gomez	
13/10/2022	88777721	2	13/10/2022	14/10/2022	Juan Sebastian Gonzalez Iguaran	
20/10/2022	89324210	2	20/10/2022	21/10/2022	Yulmey Mendoza Cervantes	
27/10/2022	101254347	1	27/10/2022	27/10/2022	Paola Marcela Llanos Rios	
1/11/2022	90630985	1	1/11/2022	1/11/2022	Sonia Gisela Martinez Muñoz	
3/10/2022	90632883	2	3/10/2022	4/10/2022	Murgueto Gonzalez Cindy Geraldine	1015464420
13/12/2022	106932491	2	13/12/2022	14/12/2022	Alexander Samuel Sanabria Guevara	1127952733
22/12/2022	106546696	2	22/12/2022	23/12/2022	Helmuth Alberto Farfan Rodriguez	80771397
22/11/2022	107119937	2	22/11/2022	23/11/2022	Sonia Rocio Rodriguez Rodriguez	1026561049
26/12/2022	90630965	2	26/12/2022	27/12/2022	Gustavo Andrés Ortiz	
2/01/2023	109504519	1	2/01/2023	2/01/2023	Maria Fernanda Negrete Moscate	1199036827
7/02/2023	111664575	2	7/02/2023	8/02/2023	Paola Marcela Llanos Rios	53070019
13/02/2023	919979997	2	13/02/2023	14/02/2023	Catalina Sierra	
17/02/2023	110201956	2	17/02/2023	18/02/2023	Paula Andrea Prieto Leon	1012446934
7/03/2023	88777821	2	7/03/2023	8/03/2023	Vianis Mancilla	

2. Así las cosas, el día 23 de mayo de 2023 SALUD TOTAL EPS-S S.A. radica ante TCC S.A.S. la respuesta a la petición descrita en el numeral anterior, en la cual informa lo siguiente:

Se realizaron las verificaciones correspondientes en los aplicativos de esta Compañía frente a las condiciones de acceso y autorización de servicios, lo cual paralelamente conllevó una verificación en la Institución Prestadora de Servicios que presuntamente expidió la incapacidad, puntualmente en la fecha que se relaciona como atención efectiva, además en los extremos de la incapacidad y la fecha señala, concluye inicialmente que se evidencian múltiples inconsistencias en el documento con el que al parecer el Sr. ERICK BERRIO GONZALEZ justificó su ausencia laboral, no corresponde a atención efectivamente dispensada, es decir carece de soporte el pago del auxilio por incapacidad que se haya efectuado al trabajador por el tiempo que no se presentó a laborar pues está amparado en una situación inexistente.

Adicionalmente, de acuerdo al Derecho de petición se validó, en nuestros aplicativos, la veracidad de las incapacidades relacionadas en el documento en mención, encontrando que las incapacidades con fecha 07 de junio 2022, 13 de febrero y 07 de marzo 2023 no corresponde a atención efectivamente dispensada, por lo tanto para esta fechas no le fueron generados soportes de incapacidad y evidencian múltiples inconsistencias y adulteración, en el caso de la incapacidad del día 07 de julio 2022 aunque si le fue generada solo fue por un (1) día y no por dos (2) como se observa en el soporte, es decir, también muestra inconsistencia y adulteración.

www.saludtotal.com.co
Unidad Bogotá: 455 4555 - Nacional 018000 1 14034

En salud no es a medias, debe ser *total*.

3. En consonancia con lo anterior, usted no se presentó a trabajar los días 06 y 07 de junio y 07 y 08 de julio del año 2022. Para sustentar su ausencia a las fechas anteriormente mencionadas presentó unas incapacidades presuntamente emitidas por SALUD TOTAL EPS-S S.A. a su líder Cesar Augusto Arciniegas R.
4. Igualmente usted no se presentó a trabajar los días 13 y 14 de febrero de 2023. Para sustentar su ausencia a las fechas anteriormente mencionadas presentó una incapacidad presuntamente emitida por SALUD TOTAL EPS-S S.A. a su líder Deisy Paola Hernandez.
5. De igual forma usted no se presentó a trabajar los días 07 y 08 de marzo de 2023. Para sustentar su ausencia a las fechas anteriormente mencionadas presentó una incapacidad presuntamente emitida por SALUD TOTAL EPS-S S.A. a su líder Andres Alejandro Rincon.
6. El día 30 de mayo del presente año el área de Nomina y prestaciones Sociales a través de la Analista Lina Marcela Muñoz, aporta soportes donde se confirma que TCC S.A.S. le pagó a usted las presuntas incapacidades relacionadas en los numerales del 3 al 5:

- Incapacidad de los días 06 y 07 de junio 2022.
- Incapacidad de los días 07 y 08 de julio 2022.
- Incapacidad de los días 13 y 14 de febrero 2023.
- Incapacidad de los días 07 y 08 de marzo de 2023.

7. Para dar soporte a las supuestas incapacidades radicadas por usted, el día 30 de mayo del presente año, Viviana Andrea Sanchez Buritica Auxiliar de Servicios Corporativos, remite correo donde acredita que usted a través del correo electrónico erick.berrio2401@outlook.es radicó ante la empresa las mencionadas incapacidades, así:

- Presunta Incapacidad de los días 07 y 08 de julio 2022. Fue radicada ante la empresa a través de su correo electrónico el día 07 de julio de 2022.
- Presunta Incapacidad de los días 13 y 14 de febrero 2023. Fue radicada ante la empresa a través de su correo electrónico el día 13 de febrero de 2023.
- Presunta Incapacidad de los días 07 y 08 de marzo de 2023. Fue radicada ante la empresa a través de su correo electrónico el día 07 de marzo de 2023.

La incapacidad de los días 06 y 07 de junio 2022 usted solicitó el favor a su líder Deisy Paola Hernández para su radicación de manera física como se evidencia a continuación:

[illegible]

Misivas en las que se señalaron de manera detallada y específica las situaciones por las cuales se citaba a las diligencias de ampliación, así como se relacionaron las conductas y las presuntas faltas disciplinarias, según lo estipulado en los artículos 50,

51 y 52 del RIT; 6.2.6 y 6.2.21 del Manual de Ética y Buen Gobierno y 55, 56, 58 y 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

De igual manera, en las referidas comunicaciones se adjuntaron los documentos y pruebas con los que la empresa aduce soportar y sustentar las presuntas faltas cometidas por el señor Erick Berrio González; así como, se advirtió que:

“[e]n cumplimiento al debido proceso y en ejercicio del derecho de defensa que le asiste en la presente diligencia a la que está siendo citado, se le informa que:

- a) Puede soportar todas las pruebas que considere suficientes, pertinentes y procedentes para controvertir los hechos investigados.
- b) A su vez que se le recuerda que, dentro del ejercicio del derecho a la defensa, es posible que asista a la diligencia de ampliación de hechos en compañía hasta de dos compañeros del sindicato al que pertenece en calidad de testigos.
- c) Durante la diligencia de ampliación de hechos tendrá la oportunidad para ser escuchado y podrá en este espacio controvertir las pruebas que le allega la empresa con la presente citación”.

Finalmente, la empresa lo citó a diligencias de ampliación de hechos en garantía del debido proceso, que tendrían lugar el 11 de abril de 2023 a las 8:00 a.m. y 01 de junio de 2023 a las 8:30 a.m., respectivamente, en la sede principal de la empresa, con el fin de «*realizar un Proceso Interno de ampliación de hechos, garantizar el cumplimiento del debido proceso, la posibilidad de ejercer al derecho a la defensa y escuchar su versión sobre lo anotado*». Comunicaciones que fueron entregadas al demandado el mismo día de su expedición.

Ante la inasistencia del trabajador a las diligencias antes señaladas y comunicadas, la empresa demandante mediante comunicaciones calendadas 14 de abril y 13 de junio de 2023 citó por segunda vez al señor Erick Berrio González a diligencia de ampliación de hechos, en los mismos términos y por las mismas razones señaladas en las anteriores citaciones, adicionando el presunto incumplimiento de sus obligaciones ya que presentó ausencia injustificada a su puesto de trabajo los días 13 de abril y 2 de junio de 2023, citando nuevamente al demandado para los días 17 de abril y 15 de junio de 2023 (índice 01 págs. 171 a 180 y 278 a 288).

Asimismo, de las actas elevadas los días 17 de abril y 15 de junio de 2023 denominadas “*ACTA DE AMPLIACIÓN DE HECHOS*” (págs. 183 a 196 y 290 a 318 *ibídem*), se avizora que el objeto de las diligencias fue el mismo de las convocatorias, pues allí se formularon unas preguntas referentes al cargo ocupado, conocimiento del RIT y sobre cada una de las conductas que le endilgó la demandante en cada una de

las citaciones. De lo anterior, ninguna disonancia ni vulneración al debido proceso se advierte en la documental reseñada, por el contrario, las citaciones fueron específicas en anticipar que las explicaciones versarían sobre el trámite de retiro de cesantías, así como lo relacionado a las incapacidades aportadas por la pasiva y la ausencia injustificada a su puesto de trabajo.

En consecuencia, los trámites disciplinarios se adelantaron dando estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 20 de la Convención Colectiva de Trabajo que cubre al trabajador, habida consideración que: i) se realizaron las comunicaciones formales de apertura del proceso dirigidas al trabajador dentro del término de los 15 días a partir del conocimiento de las posibles faltas disciplinarias; ii) se citó al trabajador para la diligencia de ampliación de hechos al día siguiente hábil de la entrega de cada una de las citaciones y, ante la renuencia de este, la empresa lo volvió a citar en aras de garantizar precisamente los derechos al debido proceso y contradicción; iii) en ambas citaciones se indicó la fecha, hora y lugar donde se realizaría la reunión de ampliación de hechos; se indicaron las situaciones por las cuales se llamaba a la reunión, con relación de las conductas y presuntas faltas disciplinarias; se informaron y relacionaron las pruebas que sustentaron las presuntas faltas cometidas; se brindó la posibilidad de solicitar las pruebas que estimara convenientes y se le reiteró la posibilidad de asistir hasta con dos compañeros de la organización sindical USTTC, sin embargo, el trabajador en ambas diligencias decidió presentarse solo; iv) de igual forma, se realizaron las reuniones en donde se interrogó al trabajador, quien rindió sus explicaciones sobre los hechos materia de investigación; v) en ambas diligencias se le garantizó aportar las pruebas que considerara el trabajador necesarias para el esclarecimiento de los hechos, para lo cual aportó unas documentales en la diligencia llevada a cabo el 17 de abril de 2023, sin que aportara ninguna en la diligencia del 15 de junio de 2023; vi) se pusieron en conocimiento las pruebas en poder de la sociedad y vii) se levantó un acta sobre el desarrollo de las diligencias las cuales fueron suscritas por dos testigos ante la manifestación del demandado.

Finalmente, la empresa una vez efectuó el respectivo análisis con el fin de determinar si hubo o no incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones, deberes y/o prohibiciones contempladas en las normas internas y externas que rigen en TCC, tomó las respectivas decisiones frente a los hechos ocurridos, por ello, mediante comunicación del 25 de abril de 2023 (índice 01 págs. 231 a 244) se le informó al señor Berrio González sobre la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, la cual fue ratificada en misiva del 22 de junio de 2023 (págs. 427 a 441 *ibidem*); supeditando su materialización conforme la decisión de la jurisdicción laboral sobre el levantamiento de fuero sindical. Comunicaciones que fueron remitidas al trabajador al correo electrónico erick.berrio2401@outlook.es (págs. 245 y 442-443

ibid.). Culminando de esa manera el debido proceso respecto del trámite del disciplinario adelantado al trabajador, en el que, se itera, se respetaron cada uno de sus etapas y términos, y que contra las respectivas decisiones no se presentó controversia alguna ni petición de revisión.

Por otra parte, contrario a lo manifestado por el apelante, considera la Sala que las actas de ampliación de hechos aportados al plenario corresponden a unas pruebas que se ajustaron a los requisitos legales, toda vez que se originaron con apego estricto lo establecido en el artículo 20 de la Convención Colectiva de Trabajo, sin que se advierta falencia alguna que vaya en contravía de las normas concordantes al proceso disciplinario. En igual sentido, fueron obtenidas sin vulneración alguna de las garantías y/o derechos fundamentales del señor Berrio González, habida consideración que esta era la oportunidad pertinente para que la empresa efectuara un interrogatorio al trabajador, tal y como se pactó en el literal g) del referido artículo convencional; advirtiéndole que las respuestas fueron brindadas por el demandado de manera libre, unilateral y voluntaria, en la medida en que se limitó a rendir sus explicaciones sobre los hechos materia de investigación.

En lo que respecta a las causales de terminación del contrato de trabajo del actor, es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para la terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del CST.

Igualmente, ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de este, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

De acuerdo a la normatividad que prescribe lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales pertinentes, se prevé que esta circunstancia, es procedente siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta ameritó la desvinculación; por consiguiente, el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una causa legal. Siendo obligación del empleador expresarle al trabajador en forma clara y concisa la causa o

motivo que lo llevó a tomar esa determinación, calificando la falta adecuadamente como trascendental y capaz de romper el vínculo contractual.

Para resolver el problema jurídico planteado es menester indicar que, como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien alega la configuración de una justa causa está en la obligación de demostrar ese hecho. En tal sentido, se tiene que el despido realizado por la parte demandante se realizó a través de los comunicados de fechas 25 de abril de 2023 (págs. 231 a 244 índice 01) y 22 de junio de 2023 (págs. 427 a 441 *ibidem*), que indicaron:

• Comunicación 25/04/2023

i) HECHOS MOTIVANTES DE LA DECISIÓN:

HECHO PRIMERO

1. El pasado 28 de marzo del presente año se recibe notificación por parte del fondo de pensiones y cesantías PORVENIR a través del correo electrónico: DIR CANALES PRESENCIALES (Eliana Palma Osorio) <epalmaa@porvenir.com.co> con destino al correo de naldanar@tcc.com.co en el que se notificó a TCC S.A.S. que usted presentó ante dicha entidad, una presunta autorización por parte de la Empresa para el retiro de sus cesantías.

2. Dado que el proceso para autorización de retiro de cesantías se realiza por parte de la empresa y no se encontraba registro de que usted hubiere realizado ante su empleador dicha solicitud, se le solicitó al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR que informara si el retiro de las cesantías si había sido exitoso y desembolsado, por lo que el día 04 de abril del presente año a través del correo electrónico "DIR CANALES PRESENCIALES (Eliana Palma Osorio)" epalmaa@porvenir.com.co notifica a TCC S.A.S. en específico a la coordinadora de Gestión Personas, Natalia Aldana restrepo de la siguiente información, la cual se transcribe textualmente a continuación:

"Buenas Tardes Natalia,

Comparto adjunto el soporte presentado por el cliente y con el cual le fue entregado el dinero en efectivo.

El proceso de validación de identidad del cliente se realiza por medio del cotejo biométrico de sus huellas, las cuales son validadas con la registraduría nacional y estas después de ser confirmas de forma exitosa se procede con la entrega del dinero."

3. En la notificación de correo electrónico descrita en el numeral anterior, la funcionaria de PORVENIR adjuntó la carta con la que usted presuntamente se presentó al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR para realizar su retiro parcial de cesantías por valor de DOS MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$2.300.000) por supuesto motivo de remodelación de vivienda.

4. La carta para retiro de cesantías que usted al parecer presentó en PORVENIR, y que presuntamente fue expedido por la empresa TCC S.A.S. se encuentra fechada del 15 de marzo 2023 y firmada por un supuesto LUIS CARLOS OSORIO en calidad de director de Gestión Humana. Dicho documento, al ser revisado por la empresa, se encuentran serios indicios de que tal documento presenta información errónea y que el mismo no fue suministrado por el Empleador dado que:

a) El señor Luis Carlos Osorio quien supuestamente firma la carta, No labora en la empresa y mucho menos funge como Director de Gestión Humana, tal y como lo certifica el actual coordinador de Nomina y Prestaciones sociales mediante un certificado que se adjunta como material probatorio.

b) La dirección de Gestión Humana de Bogotá está a cargo de Deisy Patricia Rojas desde hace varios años y por otro lado, las cartas para retiro parcial de cesantías se tramitan con la coordinación de Gestión Personas y las mismas son firmadas por la Coordinadora del área, la señora Natalia Aldana Restrepo o por el Gerente de Relaciones Laborales, el señor Alejandro Pérez Martínez.



- c) La presentación del oficio presuntamente expedido por la empresa presenta a su vez un error más y es que en los comunicados expedidos por la empresa para este tipo de tramites, es decir, en el diseño del oficio en la estructura organizacional no se encuentra la Dirección de requerimientos y atención al cliente, si no, el área de servicio al cliente esta denominada como Dirección de Servicio al Cliente, como se prueba mediante certificación aportada por el Director de Diseño Organizacional y que se anexa como prueba.
5. Frente a todos estos hallazgos, también se procede a validar en la base de datos de retiro de cesantías de la empresa TCC S.A.S. por parte del analista de gestión personas a cargo de tal tramite, Yorman Muñoz Hernández, quien informa que el proceso para el retiro de cesantías parciales por parte de usted, No se realizó a través de la compañía pues no existe evidencia de que usted haya entregado documentos que acrediten la remodelación de vivienda ni los documentos que soportan la propiedad inmueble.
6. De acuerdo con el mismo comunicado emitido por el fondo de pensiones y cesantías Porvenir del pasado 04 de abril del presente año, en el que indica que: *"El proceso de validación de identidad del cliente se realiza por medio del cotejo biométrico de sus huellas, las cuales son validadas con la registraduría nacional y estas después de ser confirmas de forma exitosa se procede con la entrega del dinero"* (tomado textual) se puede evidenciar que usted se presentó personalmente al retiro del dinero y que a través del cotejo de sus huellas dactilares se comprobó que los datos correspondían a usted y se procedió a la entrega de los más de dos millones de pesos de cesantías por parte del fondo PORVENIR.
7. Así las cosas, se puede observar en el material probatorio entregado por PORVENIR a TCC y que a su vez se le entrega a usted con la presente citación, que el pasado 17 de marzo del presente año a las 13:29 horas le fue autorizado y entregado de forma exitosa a usted la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$2.300.000) por concepto de Cesantías por remodelación de vivienda, presuntamente con la presentación de una carta alterada que como se describe en los numerales anteriores, nunca emitió TCC S.A.S.
- HECHO SEGUNDO**
8. Presunto Incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, ya que presentó ausencia injustificada a su puesto de trabajo el día 13 de 2023, y a la fecha no ha remitido ninguna documentación que justifique su inasistencia en la fecha anteriormente señalada.
9. El pasado 10 de abril de 2023, la empresa le notificó la citación a la ampliación de hechos (Diligencia de descargos) programada para el **martes 11 de abril de 2023 a las 8:00 a.m.** en la oficina de Gestión Humana en la sede principal de TCC S.A.S. ubicada en la dirección Calle 18ª # 69 – 71 Zona industrial Montevideo, con el fin de garantizarle el derecho constitucional de contradicción y defensa, pero esta no se llevó a cabo dado que usted envió vía WhatsApp a su líder inmediato una foto de una incapacidad medica que iniciaba el día once (11) de abril y finalizaba el día doce (12) de abril del presente año.
10. Ante su presunto incumplimiento grave de las obligaciones laborales y en aras de garantizar el derecho de contradicción que le asiste, el día 14 de abril de 2023 **fue notificado y citado por segunda vez** a una diligencia de ampliación de hechos, para el **día 17 de abril a las 08:00 am**, en la oficina de Gestión Humana en la sede principal de TCC S.A.S. ubicada en la dirección Calle 18ª # 69 – 71 Zona industrial Montevideo, además, se le entregó el material probatorio que sustentan los hechos que se investigan:

[...]

11. Finalmente, el día 17 de abril de 2023 y siendo las 08:00 am, usted decide presentarse solo, para dar apertura formal a la ampliación de hechos (Diligencia de descargos) notificada y programada previamente; agotando el debido proceso disciplinario en aras de aclarar las presuntas faltas hasta ese momento, cometidas por usted por el incumplimiento grave de suministrar información falsa a través de una carta al fondo de Pensiones y cesantías Porvenir durante el vínculo laboral, para obtener un provecho indebido y haber presentado una ausencia el día 13/04/2023 sin aportar un documento válido que justificara su ausencia, actuaciones que va en contravía de lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo, las políticas contenidas en los manuales y Código de Buen Gobierno y Ética.
12. Dentro de la oportunidad procesal establecida, se logró determinar en la diligencia de ampliación de hechos que usted tiene el cargo de:
- P/ ¿Cuál es el cargo que desempeña en la empresa y desde hace cuánto tiempo?
R/ Auxiliar logístico hace 13 años.
13. Así mismo, quedó consignado en la diligencia de ampliación de hechos que usted reconoce que realizo el tramite de retiro de cesantías ante su fondo de pensiones y cesantías Porvenir en la siguiente fecha:
- P/ ¿Sirvase manifestar si usted ha realizado el trámite de retiro de cesantías ante su fonde de pensiones y cesantías Porvenir, si es así recuerda la fecha, la puede mencionar?
R/ Si señor, el 15 marzo de 2023.
- P/ De acuerdo con lo anterior ¿Sirvase manifestar si usted personalmente realizo el retiro del dinero de las cesantías?
R/ Si señor, en el banco Av. Villas en el centro comercial multiplaza.
14. Es indudable que usted reconoce que, para el retiro de cesantías de forma indebida lo realizó a través de un tercero ajeno a TCC S.A.S. o alguna de sus empresas:
- P/ ¿Cuéntenos si para dicho retiro de sus cesantías al fondo que se encuentra afiliado, la empresa le entrego a través de alguno de sus funcionarios la carta de autorización de retiro de cesantías?
R/ No señor.
- P/ ¿Por favor, sírvase manifestar por qué medio le entregaron la carta para el retiro de cesantías y quien se la entrego?
R/ La tal asesora Jeimi, me la envió via WhatsApp para que yo la imprimiera y ya.

P/ ¿Cuéntenos si a usted la asesora Jeimi en algún momento le dijo que trabajaba para TCC o para alguna de sus empresas?

R/ No, ella me dijo que ella trabaja en el fondo de pensiones o tenía conocidos en ese lugar, que por eso no había ningún problema.

15. Quedó por escrito dentro del disciplinario que usted manifiesta haber sido presuntamente engañado por la asesora que lo contactó:

P/ De acuerdo con lo que usted ha manifestado, que lo han llamado la misma asesora que lo contacto, lo han tratado de extorsionar, las pruebas de que la carta se encuentra alterada en la información, ¿sírvase manifestar si la carta que usted presento a la entidad bancaria para retirar sus cesantías el pasado 15 de marzo de 2023, es autentica?

R/ En su momento para mí era autentica ya que se realizo el proceso sin ningún problema, pero de acuerdo con la ampliación de hechos y las pruebas uno se da cuenta que fui engañado por la asesora esa.

16. Es claro y de esta forma quedó anotado en la diligencia de ampliación de hechos que usted reconoce que nunca notificó a la Empresa de la esta solicitud y tampoco a las autoridades:

P/ De acuerdo con lo anterior ¿Sírvase manifestar si usted nunca aviso a las autoridades de la presunta extorsión o la empresa?

R/ No, pues la verdad como no ha ocurrido nada hasta el momento, y como no tengo la información exacta a quien denunciar.

P/ ¿Notificó a la empresa o al área de gestión humana de esta solicitud o de este documento con esta irregularidad?

R/ No sabía que era irregular, hasta el día de hoy.

P/ ¿Cuéntenos si notifico a su líder o representante laboral de la Empresa sobre el retiro que realizo a su fondo de cesantías?

R/ No señor.

P/ ¿Usted acudió a Gestión Humana o algún líder para validar si la carta que le entregaron y la información o el trámite que usted estaba realizando, era el establecido por la empresa?

R/ No, pues como todo el trámite me salió normal.

P/ ¿Cuéntenos qué acciones a realizado para poner en conocimiento esta situación a las autoridades?

R/ Yo no me acercado a las autoridades para poner en conocimiento esto.

17. Quedó por escrito dentro del disciplinario que usted reconoce haber cometido una falta al hacer uso de las cesantías presentando ante el fondo de pensiones un documento que carece de autenticidad pues no fue expedido por la empresa aunque compromete su nombre y al funcionario que supuestamente firma el documento:

P/ ¿Usted reconoce de forma libre y voluntaria la falta por haber presentado una carta alterada parcial o en su totalidad a su fondo PORVENIR y una entidad bancaria como Av. Villas, para el retiro de sus cesantías?

R/ En este momento sí, ya que me engaño la asesora Jeimi.

P/ ¿Usted reconoce de forma libre y voluntaria su culpabilidad en cada una de las faltas descritas anteriormente en esta ampliación de hechos?

R/ Si.

18. Es evidente y de esta forma quedó registrado en la diligencia de ampliación de hechos que usted dió uso distinto al permitido por la Ley a sus cesantías.

P/ De acuerdo con la carta para el retiro de sus cesantías indica que era para un tema de remodelación ¿Cuéntenos que remodelación realizó, que soportes tienes y si ya realizo el arreglo?

R/ No se ha realizado el arreglo, ya que el maestro cotiza ahora otra cosa, y nos toca cambiar de maestro.

19. Es evidente que usted reconoce que para el día 13 de abril de 2023, porque usted le informa a su jefe directo Alejandro Rincon que no puede asistir se le concedió un permiso y decide no presentarse a su lugar de trabajo, además, sin tener algún tipo de documento que justificara su ausencia.

P/ ¿Indique si usted contaba con autorización de su jefe inmediato para no presentarse a laborar el día 13 de abril de 2023?

R/ Si, cuando el jefe me dice listo, es cuando yo creo es el aval.

20. Así mismo, dentro de la oportunidad procesal establecida, se logró determinar en la diligencia de ampliación de hechos que usted no presentó a su jefe inmediato algún documento que justificara la ausencia para el día 13 de abril del presente año:

P/ De acuerdo con su respuesta anterior ¿cuéntenos si usted ha presentado a su jefe inmediato algún tipo de documento que justifique la ausencia para el día 13 de abril de 2023?

R/ No tenía soporte, puesto que fue una calamidad que me paso con mi hijo.

21. Con todo lo anterior, se pudo acreditar que su actuar no tiene justificación para el incumplimiento de sus obligaciones contractuales contenidas en el contrato individual de trabajo, las disposiciones legales, políticas establecidas por la empresa, al presentar un documento que no es auténtico, que compromete a la empresa pero fue generado por un tercero ajeno a la organización, a través de una carta al fondo de Pensiones y cesantías Porvenir durante el vínculo laboral para obtener un provecho indebido por el retiro de sus cesantías el pasado mes de marzo del año 2023, sin una justa causa razonable y sin cumplir los requisitos que por ley se tienen dispuestos para acceder a dicha prestación legal; máxime cuando supuestamente los retiró para presuntamente realizar un arreglo y la fecha no lo ha efectuado ni aportó prueba de que si lo hubiera hecho, sumado a lo anterior, faltar a su lugar de trabajo el pasado 13 de abril del presente año y no tener algún tipo de documento que justifique su ausencia.

22. Además, quedó plenamente evidenciado la falta grave en la que usted incurrió al presentar un documento que no es auténtico, que compromete a la empresa pero fue generado por un tercero ajeno a la organización, para legalizar el retiro parcial de sus cesantías ante el fondo de pensiones y cesantías Porvenir por la causal de la supuesta mejora de vivienda, omitiendo todos los procedimientos establecidos por la Empresa para surtir ese trámite.

23. Es importante resaltar que a pesar de que usted reconoce y así quedó plasmado en la ampliación de hechos que la supuesta asesora Jeimi y otra persona más lo contactó para amenazarlo y extorsionarlo por el tramite del retiro de sus cesantías de forma parcial al fondo que se encuentra afiliado, tomo la decisión de no informar a las autoridades ni a la Empresa, por ende, con su actuar se demuestra claramente que era de su pleno conocimiento que estaba frente a un trámite irregular para el retiro de sus cesantías. Es incuestionable que al haberse materializado el retiro de sus cesantías de formar irregular incurre en una falta grave contenida en el reglamento interno de trabajo, contrato laboral de trabajo y las disposiciones legales y políticas establecidas por la empresa.

24. Por lo anterior, no es aceptado su argumento en esta oportunidad justificando que presuntamente usted fue engañado, cuando en realidad usted manifiesta que fue amenazado y que lo trataron de extorsionar cobrándole una comisión por el trámite irregular para el retiro de sus cesantías ante el fondo de pensiones y cesantías PORVENIR y además no informó a las autoridades ni a la Empresa con la excusa que como no ha ocurrido nada hasta el momento y que no tiene la información a quien denunciar. No obstante, eso no fue lo que se evidenció en la ampliación de hechos donde aportó nombres, números de celular, conversaciones por WhatsApp y Messenger con los presuntos tramitadores.

25. Con su actuar, tampoco demostró ser una persona integra, pues al momento de ser contactado por el supuesto tramitador para realizar la solicitud de retiro de cesantías ante el fondo de pensiones y cesantías Porvenir, lo mínimo que esperaba la Empresa de usted es que hubiera avisado de forma oportuna para tomar las medidas pertinentes del caso y orientar su actuación, pero no, su actuar fue todo lo contrario a la Ley, pasando por alto que cuando usted recibió la carta con información no real y con la firma de un Gerente de la Compañía que No existe, procedió a efectuar el retiro de su cuenta de cesantías del fondo de pensiones y cesantías Porvenir para obtener un provecho indebido y el dinero entró efectivamente a sus arcas.

26. Debido a lo anterior, tenemos una clara confesión de la falta cometida, lo que en complemento con las demás pruebas allegadas, permite establecer su responsabilidad en los hechos y la existencia de la falta.

27. De la misma forma, se pudo acreditar que para el día 13 de abril del presente año que no cuenta con ningún documento que justifique su incumplimiento contractual por faltar a su puesto de trabajo, ni aporte pruebas de una presunta calamidad que acreditaran una urgencia impostergable, sino al contrario la conversación que sostuvo vía WhatsApp demostró con si jefe directo que por solo informar que se le presentó un tema familiar da por entendido que se puede tomar el día y lo más grave de la situación que no allega ningún tipo de soporte omitiendo todos los procesos y protocolos establecidos en la compañía para solicitar un permiso y así atender su situación personal, razón por la cual atenta directamente con los deberes y obligaciones contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo, Contrato Laboral y demás normas contenidas en el cogido sustantivo del trabajo.

28. Por otra parte, agravando la situación, se hace necesario indicar que esta no es la primera vez que usted presenta novedades por incumplimientos a los deberes que le asisten como trabajador de la empresa, pues revisando su historial disciplinario, se encontró lo siguiente:

TRABAJADOR	FECHA HECHO	TEMA	DECISIÓN
ERICK BERRIO GONZALEZ	16/10/2021	AUSENTISMO	SUSPENSIÓN

29. Una vez estudiados (i) los hechos que constituyen los incumplimientos; (ii) la diligencia de descargos y demás pruebas recaudadas, (iii) valorada la gravedad de la falta cometida por usted, la empresa considera que de acuerdo con su conducta se procede a **dar por terminado su contrato con justa causa** por los hechos relacionados en la presente y que de paso sea dicho, ralla con lo penal pues se presentó un documento en nombre de la empresa que no fue expedido por ninguno de sus funcionarios.

30. En razón a todo lo señalado anteriormente, su actuación genero un perjuicio que constituye una falta grave en sus obligaciones y prohibiciones especiales de acuerdo con el Reglamento Interno de Trabajo, Código Sustantivo de Trabajo, disposiciones legales y políticas establecidas por TCC S.A.S.

- Comunicación 22/06/2023 (ratificación terminación de contrato de trabajo)

i) HECHOS MOTIVANTES DE LA DECISIÓN:

HECHO PRIMERO

1. En legitimidad del derecho a corroborar la información presentada por los colaboradores y en aras de hacer una auditoría interna a los procesos, el pasado 28 de marzo del presente año, la Empresa actuando en calidad de Empleador, elevó derecho de petición en la ciudad de Cali a SALUD TOTAL EPS DEL REGIMEN CONTRIBUTIVO. Con la siguiente petición:

"De acuerdo con las 18 incapacidades radicadas a TCC S.A.S por el señor Sr. ERICK BERRIO GONZALEZ por un periodo de incapacidad de uno (1) y dos (2) días, acudimos a que estas últimas sean corroboradas en sus sistemas de validación y que le informe a TCC S.A.S en calidad de Empleador, si las mismas fueron expedidas en las fechas que se evidencia en cada uno de los documentos aportados aquí por los médicos de la red vinculados a SALUD TOTAL EPS"

2. El pasado 25 de mayo del presente año se recibe notificación por parte de la Gerencia Nacional de Control Interno de Salud Total EPS-S, donde informan lo siguiente:

"Se realizaron las verificaciones correspondientes en los aplicativos de esta Compañía frente a las condiciones de acceso y autorización de servicios, lo cual

paralelamente conllevó una verificación en la institución Prestadora de Servicios que presuntamente expidió la incapacidad, puntualmente en la fecha que se relaciona como atención efectiva, además en los extremos de la incapacidad y la fecha señalada, concluye inicialmente que se evidencian múltiples inconsistencias en el documento con el que al parecer el Sr. ERICK BERRIO GONZALEZ justificó su ausencia laboral, no corresponde a atención efectivamente dispensada, es decir carece de soporte el pago del auxilio por incapacidad que se haya efectuado al trabajador por el tiempo que no se presentó a laborar pues está amparado en una situación inexistente.

Adicionalmente, de acuerdo al Derecho de petición se validó, en nuestros aplicativos, la veracidad de las incapacidades relacionadas en el documento en mención, encontrando que las incapacidades con fecha 07 de junio 2022, 13 febrero y 07 de marzo 2023 no corresponde a atención efectivamente dispensada, por lo tanto para esta fechas no le fueron generadas soportes de incapacidad y evidencian múltiples inconsistencias y adulteración, en el caso de la incapacidad del día 07 de julio 2022 aunque si le fue generada solo fue por un (1) día y no por dos (2) como se observa en el soporte, es decir, también muestra inconsistencia y adulteración." (Subrayado y en Negrilla fuera de Texto).

3. En consonancia con lo anterior, usted no se presentó a trabajar los días 06 y 07 de junio y 07 y 08 de julio del año 2022. Para sustentar su ausencia a las fechas anteriormente mencionadas presentó unas incapacidades presuntamente emitidas por SALUD TOTAL EPS-S S.A. a su líder Cesar Augusto Arciniegas R.
4. Igualmente usted no se presentó a trabajar los días 13 y 14 de febrero de 2023. Para sustentar su ausencia a las fechas anteriormente mencionadas presentó una incapacidad presuntamente emitida por SALUD TOTAL EPS-S S.A. a su líder Deisy Paola Hernandez.
5. De igual forma usted no se presentó a trabajar los días 07 y 08 de marzo de 2023. Para sustentar su ausencia a las fechas anteriormente mencionadas presentó una incapacidad presuntamente emitida por SALUD TOTAL EPS-S S.A. a su líder Andres Alejandro Rincon.
6. El día 30 de mayo del presente año el área de Nomina y prestaciones Sociales a través de la Analista Lina Marcela Muñoz, aporta soportes donde se confirma que TCC S.A.S. le pagó a usted las presuntas incapacidades relacionadas en los numerales del 3 al 5:
 - Incapacidad de los días 06 y 07 de junio 2022.
 - Incapacidad de los días 07 y 08 de julio 2022.
 - Incapacidad de los días 13 y 14 de febrero 2023.
 - Incapacidad de los días 07 y 08 de marzo de 2023.
7. Para dar soporte a las supuestas incapacidades radicadas por usted, el día 30 de mayo del presente año, Viviana Andrea Sanchez Buritica Auxiliar de Servicios Corporativos, remite correo donde acredita que usted a través del correo electrónico erick.berrio2401@outlook.es radicó ante la empresa las mencionadas incapacidades, así:

- Presunta Incapacidad de los días 07 y 08 de julio 2022. Fue radicada ante la empresa a través de su correo electrónico el día 07 de julio de 2022.
- Presunta Incapacidad de los días 13 y 14 de febrero 2023. Fue radicada ante la empresa a través de su correo electrónico el día 13 de febrero de 2023.
- Presunta Incapacidad de los días 07 y 08 de marzo de 2023. Fue radicada ante la empresa a través de su correo electrónico el día 07 de marzo de 2023.

La incapacidad de los días 06 y 07 de junio 2022 usted solicitó el favor a su líder Deisy Paola Hernandez para su radicación de manera física como se evidencia a continuación:

[...]

HECHO SEGUNDO

8. Presunto Incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, ya que presentó ausencia injustificada a su puesto de trabajo el día 02 de junio 2023, y a la fecha no ha remitido ninguna documentación que justifique su inasistencia en la fecha anteriormente señalada.
9. El pasado 30 de mayo de 2023, la empresa le notificó la citación a la ampliación de hechos (Diligencia de descargos) programada para el jueves 01 de junio de 2023 a las 8:30 a.m. en la oficina de Gestión Humana en la sede principal de TCC S.A.S. ubicada en la dirección Calle 18# # 69 – 71 Zona industrial Montevideo, con el fin de garantizarle el derecho constitucional de contradicción y defensa, pero esta no se llevó a cabo dado que usted remitió al correo incapacidadesgrupotcc@tcc.com.co el soporte de una incapacidad que iniciaba el 31 de mayo y finalizaba el 01 de junio del presente año.
10. Ante su presunto incumplimiento grave de las obligaciones laborales y en aras de garantizar el derecho de contradicción que le asiste, el día 13 de junio de 2023 fue notificado y citado por segunda vez a una diligencia de ampliación de hechos, para el día 15 de junio a las 08:30 am, en la oficina de Gestión Humana en la sede principal de TCC S.A.S. ubicada en la

[...]

11. Finalmente, el día 15 de junio de 2023 y siendo las 08:30 am, usted decide presentarse solo, para dar apertura formal a la ampliación de hechos (Diligencia de descargos) notificada y programada previamente; agotando el debido proceso disciplinario en aras de aclarar las presuntas faltas hasta ese momento, cometidas por usted por el incumplimiento grave de presentar incapacidades que no fueron emitidas por la entidad de salud a la cual usted pertenece, además, de suministrar información falsa durante el vínculo laboral, para obtener un provecho indebido y haber presentado varias ausencias para los días 06 y 07 de junio de 2022, 07 y 08 de julio de 2022, 13 y 14 de febrero de 2023, 07 y 08 de marzo de 2023 y 02 de junio de 2023 sin aportar un documento válido que justificara su ausencia, actuaciones que van en contravía de lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo, las políticas contenidas en los manuales y Código de Buen Gobierno y Ética.
12. Dentro de la oportunidad procesal establecida, se logró determinar en la diligencia de ampliación de hechos que usted tiene el cargo de:

P/ ¿Cuál es el cargo que desempeña en la empresa y desde hace cuánto tiempo?
R/ Auxiliar logístico hace 11 años.

13. Quedó por escrito dentro del disciplinario que usted manifiesta haber recibido la incapacidad por su médico tratante de las siguientes fechas: Inicio 06/06/2022 fecha fin 07/06/2022, fecha inicio 07/07/2022 fecha fin 08/07/2022, fecha inicio 13/02/2023 fecha fin 14/02/2023, fecha inicio 07/03/2023 fecha fin 08/03/2023:

P/ De acuerdo con lo expuesto en la pregunta anterior ¿Cuéntenos quien le entregó a usted la incapacidad N° 70734108 y en donde?

R/ En el medico donde menciona que me atendieron en la incapacidad.

P/ De acuerdo con lo expuesto en la pregunta anterior ¿Cuéntenos quien le entregó a usted la incapacidad N° 78709510 y en donde?

R/ Los médicos y en la dirección que dice la incapacidad hay me la entregaron.

P/ De acuerdo con lo expuesto en la pregunta anterior ¿Cuéntenos quien le entregó a usted la incapacidad N° 91997997 y en donde?

R/ En el medico, en salud total virrey Solís Américas.

P/ De acuerdo con lo expuesto en la pregunta anterior ¿Cuéntenos quien le entregó a usted la incapacidad N° 88777721 y en donde?

R/ En el medico, en salud total Soacha.

14. Así mismo, quedó consignado en la diligencia de ampliación de hechos que usted reconoce que radico ante TCC S.A.S. las incapacidades para los siguientes días:

P/ ¿Indique si usted radico las incapacidades para los días 7 de junio y 7 y 8 de julio de 2022 y porque medio notifico a la Empresa?

R/ Yo siempre las radico al correo incapacidadesgrupotcc@tcc.com.co y le aviso al jefe.

P/ ¿Indique si usted radico la incapacidad para los días 13 y 14 de febrero de 2023, puede explicar por qué medio notifico a la Empresa?

R/ Si, por medio correo electrónico, al correo incapacidadesgrupotcc@tcc.com.co y se las notifico a mi jefe Deisy.

P/ ¿Indique si usted radico la incapacidad para los días 07 y 08 de marzo de 2023, puede explicar por qué medio notifico a la Empresa?

R/ Si señor, por medio correo electrónico, al correo incapacidadesgrupotcc@tcc.com.co y se las notifico a mi jefe Alejandro Rincon.

15. Es indudable que usted reconoce que, TCC S.A.S. le pago las incapacidades de los siguientes días:

P/ ¿Cuéntenos si la incapacidad que usted radico ante la empresa del día 7 de junio de 2022, le fue pagada junto con su salario?

R/ Si señor.

P/ ¿Cuéntenos si la incapacidad que usted radico ante la empresa de los días 7 y 8 de julio de 2022, le fue pagada junto con su salario?

R/ De acuerdo con el comprobante de pago para el mes de julio del 2022 no sabría decirle porque igual aparece que no me pagaron unos días por concepto de permiso no remunerado y faltas injustificadas.

P/ ¿Cuéntenos si la incapacidad que usted radico ante la empresa de los días 13 y 14 de febrero de 2023, le fueron pagadas junto con su salario?

R/ Si señor.

P/ ¿Cuéntenos si la incapacidad que usted radico ante la empresa de los días 07 y 08 de marzo de 2023, le fueron pagadas junto con su salario?
R/ Si señor.

16. Es evidente y de esta forma quedó registrado en la diligencia de ampliación de hechos que usted es consciente de su incumplimiento al presentar incapacidades alteradas y que no fueron expedidas por la Eps al que usted se encuentra afiliado.

P/ ¿Es usted consciente que al no dar cumplimiento a las normas procedimientos y políticas establecidos al presentar varias incapacidades alteradas y que no fueron expedidas por la EPS al que usted se encuentra afiliado, está incumpliendo a sus obligaciones contenidas en el RIT y contrato laboral?
R/ Si señor, pero hay es inconsistencia de la Eps.

P/ De acuerdo con su respuesta a la pregunta anterior, ¿Indique si usted cuenta con algún soporte que pueda confirmar su afirmación que es una inconsistencia de la EPS?
R/ No señor, tocaría ir a la EPS, toca tramitar eso ante la EPS, yo no cuento con ningún documento para soportar eso.

17. Es evidente que usted reconoce que para el día 02 de junio de 2023, no le informa a su jefe directo Alejandro Rincon que no puede asistir a su lugar de trabajo, además, sin tener algún tipo de documento que justificara su ausencia.

P/ ¿Cuéntenos si usted informo a su jefe inmediato que se encontraba en el medico el pasado 02 de junio de 2023?
R/ No señor, yo le informe hasta el día 05 de junio.

18. Así mismo, dentro de la oportunidad procesal establecida, se logró determinar en la diligencia de ampliación de hechos que usted no presentó a su jefe inmediato algún documento que justificara la ausencia para el día 02 de junio del presente año:

P/ ¿Indique que día usted cuenta con una incapacidad para el día 02 de junio de 2023?
R/ No señor, la doctora no me dio incapacidad de ese día me dio incapacidad a partir del día 03 de junio hasta 12 de junio de 2023.

19. Con todo lo anterior, se pudo acreditar que su actuar no tiene justificación para el incumplimiento de sus obligaciones contractuales contenidas en el contrato individual de trabajo, las disposiciones legales, políticas establecidas por la empresa, al presentar en varias oportunidades incapacidades que no fueron emitidas por la entidad de salud a la cual usted pertenece, además, de suministrar información falsa durante el vínculo laboral, para obtener un provecho indebido y haber presentado varias ausencias para los días 06 y 07 de junio de 2022, 07 y 08 de julio de 2022, 13 y 14 de febrero de 2023, 07 y 08 de marzo de 2023 y 02 de junio de 2023 sin aportar un documento válido que justificara su ausencia.

20. Es importante resaltar que a pesar de que usted reconoce y así quedó plasmado en la ampliación de hechos que la supuestamente la Eps Salud Total a la cual usted se encuentra afiliado presenta inconsistencias en las incapacidades aquí investigadas. Pero al mismo tiempo no tiene un soporte valido para confirmar su afirmación, por ende, con su actuar se demuestra una falta grave contenida en el reglamento interno de trabajo, contrato laboral de trabajo y las disposiciones legales y políticas establecidas por la empresa.

21. Debido a lo anterior, tenemos una clara confesión de la falta cometida, lo que en complemento con las demás pruebas allegadas, permite establecer su responsabilidad en los hechos y la existencia de la falta.

22. De la misma forma, se pudo acreditar que para el día 02 de junio del presente año que no cuenta con ningún documento que justifique su incumplimiento contractual por faltar a su puesto de trabajo, ni aporoto un documento que acreditaran una incapacidad para ese día, además, no informo a su jefe directo, razón por la cual atenta directamente con los deberes y obligaciones contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo, Contrato Laboral y demás normas contenidas en el cogido sustantivo del trabajo.

23. Por otra parte, agravando la situación, se hace necesario indicar que esta no es la primera vez que usted presenta novedades por incumplimientos a los deberes que le asisten como trabajador de la empresa, pues revisando su historial disciplinario, se encontró lo siguiente:

TRABAJADOR	FECHA HECHO	TEMA	DESICIÓN
ERICK BERRIO GONZALEZ	16/10/2021	AUSENTISMO	SUSPENSIÓN

24. Una vez estudiados (i) los hechos que constituyen los incumplimientos; (ii) la diligencia de descargos y demás pruebas recaudadas, (iii) valorada la gravedad de la falta cometida por

usted, la empresa considera que de acuerdo con su conducta se procede a **dar por terminado su contrato con justa causa** por los hechos relacionados en la presente y que de paso sea dicho, ralla con lo penal pues se presentó un documento en nombre de la empresa que no fue expedido por ninguno de sus funcionarios.

25. En razón a todo lo señalado anteriormente, su actuación genero un perjuicio que constituye una falta grave en sus obligaciones y prohibiciones especiales de acuerdo con el Reglamento Interno de Trabajo, Código Sustantivo de Trabajo, disposiciones legales y políticas establecidas por TCC S.A.S.

Así pues, se extrae que las faltas calificadas como grave se circunscribieron, en síntesis, a: i) tramitó de manera irregular la liquidación parcial de cesantías mediante presunta adulteración de documentos privados, simulando ante el fondo de cesantías Porvenir que el área de Gestión Humana de TCC, había autorizado tal liquidación; ii) faltó al trabajo en varias ocasiones presentando como

justificación varias supuestas incapacidades expedidas por la red de servicios de la EPS Salud Total; iii) tuvo provecho injustificado o enriquecimiento sin causa al recibir el pago de unas incapacidades médicas que fueron presuntamente adulteradas y son carentes de la verdad; y iv) ausencia injustificada a su puesto de trabajo los días 13 de abril y 2 de junio de 2023.

Allí se pone de presente las posibles faltas en que incurrió el trabajador, como quiera que incumplió gravemente las labores para las cuales fue contratado, hechos que adujo el empleador son susceptibles de violación a lo contenido en los literales a), d), c), f), g), h), r), s) y u) artículo 50, literales a) al g) del artículo 51 y numerales 2), 5), 16), 18), 19), 30), 32), 33), 40) y 47) artículo 52, del RIT; artículos 55, 56, 58 numeral 1) y 62 literal A) numeral 6) del Código Sustantivo del Trabajo; cláusula undécima del contrato de trabajo; y artículos 6.2.6 y 6.2.21 del Manual de Ética y Buen Gobierno.

En ese sentido, se advierte que, en el evento de la violación de cualquier falta grave consagrada en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos de trabajo o en los reglamentos, no puede ni le es dable al juzgador apreciar la gravedad de la falta, por lo que su accionar se limita a verificar la ocurrencia de los hechos, calificados previamente como infracciones en tales convenios; precisando que, frente al caso en concreto.

La demandante con miras a probar que se encuentran configuradas unas justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo al trabajador aforado, al índice 01 allegó las siguientes pruebas documentales, de las que se advierte la pasiva en escrito de contestación solicitó tener en cuenta el contrato de trabajo, cartas de citaciones, actas de ampliación y cartas de terminación del contrato allegadas por el extremo activo:

- Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito entre las partes el 7 de abril de 2010, en el que en la cláusula undécima se pactaron las justas causas para dar por terminado el contrato unilateral por parte de la empresa (págs. 67 a 75); junto con el acta de adición al contrato (págs. 76 a 78).
- Reglamento Interno de Trabajo (págs. 79 a 113).
- Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre TCC S.A.S. y el Sindicato de Industria, Unión Sindical de Trabajadores de Transportadores en Colombia “USTTC” (págs. 117 a 130).
- Documentos que acreditan la calidad de aforado del demandado (págs. 131 a 135)
- Manual de Buen Gobierno Corporativo y Código de Ética vigente en TCC (págs. 136 a 156).

- Circular 008 del 22 de enero de 2021 en el que el Ministerio de Trabajo establece los lineamientos para el retiro parcial de cesantías (págs. 157 y 158).
- Constancia expedida el 4 de abril de 2023 en la que el Director de Diseño Organizacional Procesos y Productividad certifica que dentro de la estructura organizacional de TCC no se encuentra la Dirección de Requerimientos y Atención al Cliente; y que el área de servicio al cliente está denominada como Dirección de Servicio al Cliente (pág. 159).
- Constancia expedida el 4 de abril de 2023 en la que el Coordinador de Nómina y Prestaciones Sociales certifica que el señor Luis Carlos Osorio no se encuentra en la nómina de la empresa en el cargo de Director de Gestión Humana, y que quien ocupa ese cargo es la señor Deisy Patricia Rojas Martínez (págs. 160).
- Documentos relacionados con la presunta alteración de la carta de retiro de cesantías, dentro de los cuales se encuentra la carta remitida por el trabajador al fondo de cesantías Porvenir, los correos cruzados entre Porvenir y la empresa sobre lo referente al retiro de cesantías, la notificación de retiro de cesantías, las citaciones a las diligencias de apertura de procedimiento disciplinario, el acta de ampliación de los hechos y la carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 25 de abril de 2023 (págs. 161 a 245).
- Documentos relacionados con las ausencias justificadas, incapacidades allegadas por el trabajador, comunicación remitida por Salud Total EPS el 16 de mayo de 2023, comprobantes de pago de nómina, certificación sobre pago de incapacidades, citaciones y acta de la diligencia de ampliación de hechos y ratificación de terminación de contrato de trabajo del 22 de junio de 2023 (págs. 246 a 321 y 427 a 445).

En ese orden, conforme la Cláusula Undécima del contrato de trabajo suscrito entre las partes el 7 de abril de 2010 (págs. 73 y 74 índice 1), se establecieron como justas causas para dar por terminado el contrato unilateralmente por parte de la empresa, las establecidas en las leyes y el Reglamento Interno de Trabajo; adicionalmente, que la demandante puede dar por terminado el contrato sin previo aviso por las siguientes causas legales que las partes califican como graves:

- a) La violación por parte del TRABAJADOR de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias.
- b) Si comete alguna falta de honradez o de lealtad con la EMPRESA o con los clientes.
- c) Si no guarda reserva con todo lo relacionado con los negocios, trabajos y datos de la EMPRESA o de los clientes.
- d) Si se dedica, aún fuera de las horas de servicio, a otras actividades directa e indirectamente remuneradas, y especialmente las que tengan relación con el ramo comercial que ejerce la EMPRESA, o mantiene cualquier tipo de relaciones comerciales con firmas competidoras de ésta.
- e) Si se niega a ejecutar una labor que un Superior le designe, sin razones válidas.
- f) Si se comprueba que alguna información o reportes suministrados, en la solicitud de empleo, es incorrecta.
- g) Si durante las horas de trabajo tomare bebidas alcohólicas o narcóticos o drogas enervantes, aún por la primera vez.
- h) Si se presenta a la EMPRESA, aún en horas distintas a las del trabajo, en estado de embriaguez o bajo influencia de narcóticos o drogas enervantes.
- i) Las desavenencias de consideración con sus compañeros de trabajo.
- j) Si desempeña sus funciones en forma deficiente o negligente, a pesar de haber sido requerido mediante el procedimiento administrativo, establecido por la EMPRESA.
- k) Si abandona el trabajo sin permiso de sus Superiores.
- l) La no asistencia al trabajo sin excusa suficiente a juicio de la EMPRESA, o los retardos repetidos al mismo.
- m) Si no cumpliera con las normas de Higiene y Seguridad Industrial, señaladas en los reglamentos o instructivos correspondientes.
- n) Si el TRABAJADOR infringe las normas de Circulación y Tránsito que traiga como consecuencia un accidente, o no mantuviere su Licencia de Conducción vigente.
- o) No guardar el debido respeto a los Clientes.
- p) No resarcir todo daño causado, por su dolo o culpa, a la EMPRESA o a terceros.
- q) El no usar el vehículo a él confiado, o utilizarlo para labores distintas al transporte de las mercancías encomendadas. Especialmente queda prohibido el transporte de pasajeros no autorizados por la EMPRESA o el uso del vehículo para fines personales.
- r) El no informar a su inmediato superior las fallas o daños mecánicos presentados por el vehículo con el fin de prevenir accidentes.

Conforme al Reglamento Interno de Trabajo, se tiene que en su artículo 50 (pág. 99 y sig. *ibidem*) se establecen los deberes del colaborador – trabajador -, siendo relevante para el caso los estipulados en los literales “...a) *Propender para que en todas sus actuaciones sean Seres: Íntegros, Cálidos y Expertos; b) Contribuir al desarrollo de un ambiente laboral donde prime la sana convivencia, dando cumplimiento de los Valores Corporativos: Responsabilidad, Persistencia, Confianza, Respeto, Calidez y Humildad, en desarrollo de su trabajo y en las relaciones que establezca con clientes, líderes, personas a cargo y compañeros de trabajo; c) Enmarcar sus acciones en el cumplimiento de los comportamientos establecidos por la Compañía dentro del desarrollo de la cultura organizacional: la colaboración y el trabajo en equipo, innovación y adopción del cambio, productividad y enfoque a resultados, integrador y mejora de procesos hacia el servicio; [...] f) Cumplir con los deberes que resulten o estén contemplados en el contrato individual de trabajo, las disposiciones legales, y políticas establecidas por la empresa; g) Aplicar en la prestación de sus servicios los procesos y procedimientos establecidos por la empresa, así como acatar las órdenes e instrucción en cuanto a la calidad del trabajo y el servicio a presta; h) Cumplir con las responsabilidades del cargo desempeñado bajo principios de economía, celeridad y calidad. [...] r) Cumplir con los compromisos o acciones pactadas con la empresa en desarrollo de planes de mejora continua, planes de desarrollo o derivados de los resultados obtenidos en las evaluaciones de desempeño; s) Guardar la debida lealtad hacia el empleador, y como expresión de la misma, comunicar situaciones que pongan en riesgo a las personas, la mercancía, los bienes, clientes o intereses de la compañía y [...] u) Recibir y aceptar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con*

el trabajo, con su verdadera intención que es en todo caso la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y de la empresa en general”.

El artículo 51 literales a) al g) del RTI (págs. 101 y sig.), se establece como derechos de la empresa: *“a) Lealtad de los colaboradores b) Recibir de manera oportuna información acerca de los hechos que puedan poner en riesgo a la compañía c) Ejecución de labores por parte de sus colaboradores donde se observe los comportamientos esperados, enmarcados en el modelo de cultura organizacional, para el logro de los propósitos de la Compañía. d) Cumplimiento de las normas, políticas y procedimientos por parte de los colaboradores. e) Aplicación de los conocimientos adquiridos por parte del colaborador en las formaciones brindadas por la Organización, en función del logro de los objetivos y resultados de la Empresa. f) Conservación y trato debido a sus instalaciones, bienes y recursos dispuestos para la atención del cliente y la ejecución de los servicios por parte de los colaboradores. g) Cumplimiento de las obligaciones y deberes de los colaboradores”.*

El artículo 52 del RIT (pág. 103 y sig.) establece las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, de los que se resaltan los numerales: *“2. Darle otro uso o engañar a la Empresa en cuanto a utilización de préstamos, solicitud de permisos, licencias, beneficios y/o auxilios monetarios. [...] 5. Cometer actos o acciones en representación de la Empresa durante la jornada de trabajo o portando el uniforme y por fuera de las instalaciones de la misma, que comprometan o afecten el buen nombre y la reputación de ella. [...] 16. Suministrar información falsa en la solicitud de admisión, durante el vínculo laboral u omitir datos conocidos, así como aportar documentación falsa a cualquiera de las entidades relacionadas con la ejecución del contrato.[...]18. Expedir sin autorización, alterar o falsificar certificados o constancias de tipo laboral, comercial o administrativo. [...] 19. La violación grave por parte del colaborador de las políticas contenidas en los Manuales y Código de Buen Gobierno y Ética. [...] 30. El incumplimiento grave de procesos o procedimientos establecidos por la empresa a. Cuando por causa del incumplimiento se haya puesto en peligro la seguridad y/o la salud de las personas cuando con ello se cause perjuicio a la empresa b. Cuando con la actuación se cause un perjuicio a la compañía. [...] 32. Faltar al trabajo sin justificación durante mínimo, un turno completo de trabajo. 33. La renuencia sistemática a acatar las órdenes o instrucciones en el cumplimiento de sus funciones, dadas por la empresa a través de sus líderes. [...] 40. presentar incapacidades que no hayan sido emitidas por la entidad de salud a la cual pertenece el colaborador. [...] y 47. Cualquier incumplimiento grave de sus obligaciones y/o prohibiciones contemplado en el ordenamiento legal”;* causales que fueron descritas en la carta que terminó el contrato de trabajo del demandado de fecha 25 de abril de 2023, así como en la que ratificó la terminación de la relación laboral adiada 22 de junio del año en curso.

De igual manera, en los artículos 6.2.6 y 6.2.21 del Manual de Buen Gobierno Corporativo y Código de Ética (págs. 149 y ss.) se estableció que era deber de los trabajadores: “6.2.6. *Imagen corporativa y de marca. La imagen de las empresas del Grupo TCC y de sus Marcas es responsabilidad de todos los colaboradores, a través del comportamiento social, la presentación personal, el desempeño laboral y la actitud de servicio de cada uno de ellos. [...] 6.2.21. Deber de comunicar. Todo Colaborador de las empresas del Grupo TCC, estará obligado a comunicar a los superiores inmediatos y si es el caso, a la Revisoría Fiscal, todo acto irregular de otro colaborador, que afecte o pueda lesionar los intereses del Grupo TCC; asimismo, deberá abstenerse de:* ▪ *Intervenir en actuaciones que permitan, amparen o faciliten la realización de actos ilícitos o que puedan utilizarse en forma contraria al interés público o a los intereses del Grupo TCC.* ▪ *Realizar actividades que constituyan competencia con empresas que integran el Grupo TCC.* ▪ *Incurrir en conductas encaminadas a infundir miedo, intimidación, terror, angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, inducir a la renuncia, maltrato laboral, persecución, discriminación, entorpecimiento y/o desprotección laboral para con sus subalternos y/o compañeros de trabajo”.*

Revisados los elementos probatorios, puede afirmarse que en la terminación del contrato de trabajo del demandado medió justa causa, como quiera que se acreditó que en el juicio que el demandado incumplió con sus obligaciones y deberes, así como que incurrió en las justas causas previamente referencias. En primer lugar, al radicar ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir la siguiente autorización de retiro parcial de cesantías:

Monitoreo Erich Berrío G.
C.C. 80897876
Tel 3794472724
Firma *Erich Berrío*





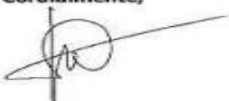


Medellín 15 de marzo 2023

Señores
FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR
Ciudad

Asunto: Retiro Parcial de Cesantías

Por medio de la presente **TCC S.A.S.** con NIT **860.016.640-4** Autoriza al señor(a) **ERICK BERRIO GONZALEZ** Identificado con cedula de ciudadanía No. **80.897.876** de Bogotá, a que realice retiro parcial de cesantías por un valor de DOS MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$2.300.000) con el fin de REMODELACION DE VIVIENDA, quien tiene derecho por los servicios prestados a la empresa y cumple con todos los requisitos que exige el artículo 21 de la ley 1429 de 2010 a lo cual la empresa se compromete a vigilar la inversión de las cesantías de acuerdo con lo estipulado en las normas actualmente vigentes.

Cordialmente,


LUIS CARLOS OSORIO
Director Gestión Humana
gestionhumana@tcc.com
TCC S.A.S.

017 271 2023/03/17 13:27 SC 403 LINEA D
CUENTA: 005-01437-4 Concepto Retiro P
CF 2.300.000.00 CH 0.00
ID:80897876 ERICK BERRIO GONZALEZ
Retiro Cesantías Porvenir \$ 18.400.00
Descuentos Porvenir \$ 5527000
Mro. Autorización Porvenir 5527000
Costo AV Villas \$ 0.00 PIN: 365929

Dirección de requerimientos y atención al cliente: Carrera 64 No. 38 – 35 Medellín – Colombia

30

Lo anterior, como quiera que, como lo aceptó el demandado en el interrogatorio de parte y en la diligencia de ampliación de hechos llevada a cabo el 17 de abril del año en curso, el señor Erick Berrio González el 15 de marzo de 2023 radicó ante Porvenir una comunicación en la que se informa que su empleador autorizó el retiro parcial de cesantías por un valor de \$2.300.000 con el fin de “*remodelación de vivienda*”; sin embargo, según lo explicó el testigo Yeisson Andrés Rodríguez Valero, tan pronto TCC fue informado por Porvenir sobre el retiro parcial de cesantías, la empresa realizó la solicitud de verificación y validación ante ese fondo de pensiones y cesantías para que se certificara si el demandado hizo el retiro efectivo del dinero, así como efectuó la investigación interna para aclarar lo referente a la carta radicada.

Dentro de dicha investigación y en la declaración rendida en el presente asunto, el trabajador aceptó que la solicitud de retiro de cesantías la efectuó a través de un tercero pues para esa data un amigo lo contactó con una señora llamada Yeimy, quien fue la que le ofreció el servicio de retiro de cesantías bajo el convencimiento que no iba a tener problema algún y por esa razón no le comunicó nada a la empresa, más aun cuando vio que el proceso fue normal y no sintió desconfianza de la asesora que lo contactó; y que si bien, tenía conocimiento que debía solicitar el permiso de retiro de cesantías al empleador, no vio la necesidad de hacerlo directamente con el empleador.

Es decir, el demandado adelantó la solicitud de retiro de cesantías a través de un tercero siendo consciente que ese no era el conducto regular previsto por el empleador ni la norma, con el agravante que dio trámite a una comunicación que no fue emanada por TCC como tampoco por ningún representante o trabajador de la empresa; aun así, continuó con el trámite hasta tal punto que retiró la suma de \$2.300.000 correspondiente al concepto de cesantías parciales. Y, pese a que el demandado informó que con posterioridad al retiro de dicho dinero la persona que lo asesoró le exigió el 10% de lo retirado, esa situación tampoco la comunicó de manera oportuna a la empresa, por lo que no resulta lógico que el trabajador adujera que tal procedimiento, en sí mismo, anunciaba una irregularidad que ameritaba ser esclarecida; máxime cuando conforme lo aceptó el encartado y lo corroboraron los testigos Yeisson Andrés Rodríguez Valero, Deisy Patricia Rojas Martínez, Natalia Aldana Restrepo, Jonatán Andrés Rozo Yepes y Juan Pablo Cuervo Arguello, todos los trabajadores de TCC tenían conocimiento del trámite respectivo a adelantar para el retiro de cesantías, precisando que el demandado lleva más de 12 años vinculado en la empresa.

Por otra parte, el demandado no se presentó a su puesto de trabajo en dos días laborales pese que tenía turnos programados, pues de ello dan cuenta con su dicho el mismo trabajador en el interrogatorio de parte y en la diligencia de ampliación de

hechos, donde se corrobora que, en efecto, 13 de abril y 2 de junio de 2023 no se hizo presente en las instalaciones de la empresa; sin que se advierta que esas ausencias se encuentren justificadas dentro del plenario. Esto debido a que el 13 de abril de 2023 el señor Berrio González afirmó que tuvo una calamidad doméstica respecto de la cual puso en conocimiento a su jefe inmediato, empero, en el presente trámite no se allegó soporte con el justificara debidamente su ausentismo, como tampoco demostró que hubiese puesto conocimiento de la presenta calamidad a su jefe. Similar situación se observa respecto a la ausencia del 2 de junio de 2023, en tanto que, aunque el trabajador afirmó que ese día se encontraba en el médico, lo cierto es que la incapacidad aportada a la empresa tiene como fecha inicial el 3 de junio y fecha final el 12 de junio de 2023; adicionalmente, que solo hasta el 5 de junio del año en curso le informó a su jefe inmediato que estaba enfermo y debió asistir al médico.

Concluye entonces la Sala que las anteriores situaciones que rodearon la desvinculación del demandado, se comprobaron y fueron procedentes en un tiempo razonable a la comunicación de la terminación del contrato de trabajo, por consiguiente generan la convicción acerca de que el despido de que fue objeto el trabajador se soportó en causales legalmente establecidas como justas, máxime si se tiene en cuenta que para que el demandado se haga acreedor a la protección legal de fuero sindical, debe demostrar que cumplió con todas las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, entre las que se encuentran el ejercer en debida forma las actividades para las que fue contratado, bajos los parámetros y las condiciones estipuladas por su empleador, y libre de cualquier engaño; por lo cual es claro entender que la violación de tale obligaciones resulta suficiente para dar por finalizado el vínculo y, en consecuencia, procede el levantamiento de la garantía foral que ampara al señor Erick Berrio González en su calidad de Vicepresidente de la organización sindical Unión Sindical de Trabajadores del Transporte en Colombia – USTCC, y la consecuente autorización para su despido.

Conforme lo anterior, se confirmará la sentencia recurrida, precisando que cuando se invoca para la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, un motivo o falta derivada de varias anomalías o irregularidades cometidas por el trabajador, basta con demostrar una de ellas, puesto que, si la misma tiene la identidad o fuerza para configurar la causal alegada, como en esta oportunidad ocurre en relación con el trámite irregular realizado por el trabajador ante el fondo de pensiones y cesantías como lo fue el pago parcial de cesantías, así como no asistir en dos días a su puesto de trabajo sin que justificara su ausencia, estipuladas desde el reglamento interno de trabajo y como graves frente al artículo 62 del CST, subrogado por el artículo 7 del D.L. 2351 de 1965, literal a) numerales 1° y 6 y 58 numeral 1° del mismo estatuto, por lo que se evidencian como suficientes para acreditar la justificación del despido. Sin costas en esta instancia, se confirma las de primera.

DECISIÓN:

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

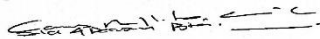
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá, en donde es demandante la TRANSPORTADORA COMERCIAL COLOMBIA S.A.S. "TCC S.A.S." y demandado ERICK BERRIO GONZÁLEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme la presente decisión, se ordena la devolución del expediente al juzgado de origen para los fines pertinentes.

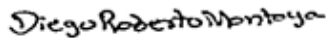
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: **74108df767a9349b2360452cad5a68fa1ed268e580cead6ed68eb451590bda86**

Documento generado en 11/12/2023 05:12:22 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

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 10 2020 00145 01

Demandante: JANNETH CASTRO LÓPEZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, SKANDIA S.A.
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS.

Obra como apoderado de Porvenir S.A. el doctor Alejandro Miguel Castellanos López con T.P. 115.849. Sin reconocer efecto a la renuncia al poder otorgado por Colpensiones a la sociedad Arango García Abogados Asociados S.A.S. representado por la doctora María Camila Bedoya, en cuanto en la renuncia al poder presentada no se anexa la comunicación al poderdante en los términos del artículo 76 del CGP.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación por Colpensiones y Porvenir, así como el grado jurisdiccional de consulta¹ en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 23 de marzo de 2023 (23/03/2023) proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Se resuelve la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá del 23 de marzo de 2023. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Janneth Castro López llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia Administradora de Fondos y Cesantías S.A. y Sociedad Administradora de Fondos y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de declarar

¹ Pase Despacho 28/04/2023

la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Skandia S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, sus rendimientos, gastos de administración, bono pensional, junto con las costas y agencias en derecho, lo que resulte probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, en síntesis, al expresar que nació el 19/07/1966, se afilió al ISS hoy Colpensiones en enero de 1991, se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. en agosto de 1998, ya que los asesores le ofrecieron mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, le indicaron que la mesada pensional sería superior a la del RPM, que omitió indicarle las condiciones particulares para la data del traslado, como que, debía realizar aportes adicionales a las cotizaciones fijas de manera obligatoria para completar el capital mínimo requerido para acceder a una pensión de vejez. Señaló que nunca le informó, las ventajas, desventajas, características, acceso, condiciones y reglas de cada uno de los regímenes de pensionales, ni los efectos y riesgos de efectuar dicho traslado; que ante la errada expectativa del fondo de pensiones que mejoraría las condiciones pensionales suscribió el formulario de afiliación. Que en noviembre de 2016 los asesores de Old Mutual S.A., le ofrecieron la opción de trasladarse, asegurándole que en ese fondo privado contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, pero no se le expuso cual era el capital mínimo requerido para causar la pensión, menos aun el esfuerzo de aportes que debía asumir para lograr acumular dicho ingreso atendiendo a su nivel de ingresos y su edad para la época del traslado.

Agregó que, los fondos privados accionados, no realizaron proyecciones pensionales comparativas o cualquier tipo de acción que pudiera suministrarle elementos suficientes de juicio o valor para optar por uno de los regímenes pensionales de manera informada y consiente de la decisión de traslado y sus consecuencias, omisiones que le causaron un perjuicio. Que solicitó el 07 de febrero de 2020 a Colpensiones la nulidad de la afiliación, por vicio del consentimiento, con respuesta negativa².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentado que, la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, tal afiliación se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos, fue libre y voluntaria en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de afiliación establecida en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 y es a la parte demandante a quien corresponde desvirtuar la buena fe la de la demandada. Formuló excepciones de fondo, entre otras: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, prescripción y buena fe³.

² Íd. 01. Demanda

³ Íd. 14 pág. 22

Skandia S.A., se opuso a las pretensiones contra esta elevadas, manifestó que la afiliación al fondo goza de plena validez, no está permeado por vicio del consentimiento alguno, toda vez que el acto estuvo sujeto al acuerdo de voluntades y resaltó que durante el tiempo en que ha estado afiliada la accionante se le ha brindado la información que necesita saber sobre el RAIS y sobre su situación pensional acorde el caso. Propuso como excepciones de fondo, entre otras, prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y buena fe⁴.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones, argumento que en el proceso no se logró acreditar algún vicio del consentimiento, por tanto, se encuentra válidamente afiliada al RAIS y a la demandante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo, entre otras, prescripción, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y buena fe⁵.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintitrés (23) de marzo de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante señora Janneth Castro López, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. mediante la suscripción de afiliación el 18/05/1994, en consecuencia, la subsiguiente afiliación suscrita por la demandante con Skandia Pensiones y Cesantías S.A., el 12/10/2016 en su momento Old Mutual, y por haberse incumplido el deber de información clara, oportuna, cierta de las características, ventajas y desventajas del traslado del régimen pensional de la demandante y en consecuencia se declara ineficaz el traslado del RPM al de ahorro individual realizado por la señora demandante y se ordena el regreso automático sin solución de continuidad como o si nunca se hubiese trasladado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. SE CONDENA a Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a restablecer y recibir la afiliación de la demandante Janneth Castro López al régimen de prima media como si nunca se hubiese traslado, sin solución de continuidad conforme parte motiva de la providencia

TERCERO. SE CONDENA a Skandia Pensiones y Cesantías S.A., hacer la devolución al régimen de prima media administrado por Colpensiones, de las sumas correspondientes recibidas con motivo de la afiliaciones de la señora Janneth Castro López, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., también deberá hacer la devolución de las sumas correspondientes a las descontadas por gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias

⁴ Íd. 13 Íd. 22 SubsancionContestación

⁵ Íd. 34

utilidades y debidamente indexadas, que haya descontado durante vinculación de la demandante, deberá allegar con la devolución de estas sumas de dinero con destino a Colpensiones los documentos que permitan demostrar el efectivo pago de esta sumas por concepto de la señora Janeth Castro a Colpensiones y la información que permita establecer cuales los ciclos cotizados, el valor de las cotizaciones, IBC sobre el cual se cotizó, rendimientos, intereses, bonos pensionales si los hubo, que se recibieron durante la vinculación así también como la información que permita establecer cuáles fueron de la sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes de garantía de pensión mínima, para que Colpensiones pueda establecer que efectivamente se realiza la devolución en los términos indicados en esta sentencia, se le otorga a Skandia los término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia para la devolución en términos indicados, de conformidad a la parte motiva.

CUARTO. SE CONDENAR A la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, a devolver la sumas correspondientes a las descontadas a la señora Janeth Castro López durante su vinculación a asta administradora de pensiones que se le hayan descontado por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a Colpensiones como administradora del RPM, y debe acompañar esta con los documentos que permitan a Colpensiones establecer que efectivamente se realiza el pago de estas sumas de dinero correspondientes a la señora Janeth Castro López y con la información que permita establecer cuales fueron las sumas que le fueron descontados por estos conceptos durante toda su vinculación con Porvenir y se lo otorga también el término 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, de conformidad a la parte considerativa de la providencia.

QUINTO. SE CONDENA a Colpensiones a que de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia impute en la historia laboral de la señora Janeth Castro López las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS en la historia laboral para efectos pensionales de Colpensiones, también se le condena a que una vez ingresen las sumas de dinero provenientes de SKANDIA y de PORVENIR, debe hacer la revisión que se hace la devolución en los términos ordenados en esta sentencia, de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.”⁶.

RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., interpuso y sustentó recurso de apelación, argumenta para ello, que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece y determina los porcentajes destinados en el régimen de ahorro individual a cubrir las contingencias derivadas de la invalidez y la muerte, igualmente el porcentaje final que va destinado a la cuenta de ahorro individual de cada uno de los afiliados al régimen privado, en ese mismo sentido el articulo 113 en su literal B de la misma normatividad en seguridad social, menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional y esto es “*el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos*”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las

⁶ Índice 43 acta Id. 42 audio.

referidas en dicha norma, toda vez que las mismas no están destinadas a financiar la prestación de los afiliados y por lo que condenar a pagar valores adicionales configura un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante y de Colpensiones. Mas si no se presenta el siniestro en referencia al valor de la póliza. Respecto a la condena de manera indexada, me permito resaltar que la misma es improcedente de acuerdo con lo mencionado en sentencia C-0161 de 2010 y SL9316 de 2016, en donde en ellas se explica lo referente a la indexación y los casos en que es procedente, que teniendo en cuenta el tiempo que estuvo afiliada la demandante a Porvenir S.A., esto es hasta el 2016 en su cuenta de ahorro individual generó rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima, establecida para las cuentas de ahorro individual establecida por el legislador, por ello resulta totalmente incompatible y excluyente la condena de devolución de primas de seguros, gastos de administración y demás rubros de manera indexada, que en otras sedes judiciales y procesos, se ha considerado la postura de su representado que estas sumas se compensan con los rendimientos a retornar. Resaltó que, ordenar que Porvenir indexe cualquier suma de dinero, -gastos de administración y primas de seguros-, es sin duda imponer una doble sanción por cuanto al haberse ya traslado la totalidad de los dineros que se encontraban en su momento en el año 2016 y en la cuenta de ahorro individual de esa manera se cumplió con la obligación, solicitó que se dé un descuento según el cálculo equivalente respecto a los dineros que en su momento se trasladaron a Old Mutual hoy Skandia, respecto de los valores a los que fue condenado Porvenir y ya realizada esta operación aritmética, se realice una declaración de cuál sería el valor excedente a trasladar (min. 2:28:34).

Por parte de Colpensiones S.A., se interpuso y sustentó recurso de apelación, manifestando que la afiliación que realizó la accionante al RAIS tiene plena validez, que, de conformidad con el interrogatorio de parte, la actora tuvo conocimiento del traslado del régimen pensional. No es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito, entre la parte actora y Skandia es nulo, toda vez que obra medios de pruebas documentales suficientes, los cuales llevan a determinar que el traslado fue libre y voluntario, reiteró que el fondo privado suministró la información clara y precisa sobre sus efectos jurídicos, ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio del consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre conoció de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada ni mucho menos se ejerció presión o fuerza. Como tampoco existe prueba de dolo, que si la demandante nació el 19 de julio de 1966 y a la fecha cuenta con más de 50 años, se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en la Ley 797 del 2003, en cuanto a la condena en costas; precisó el actuar de buena fe de su representada y la consideración de la actuación de su representada, por tanto, debe ser exonerada por este concepto (min. 2:34:22).

III. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales, no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, así como presentados alegatos de conclusión por las partes que en su uso exponen los argumentos sobre su causa o defensa, 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 Janneth Castro López del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Skandia S.A.

IV. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 19/07/1966 (al índice 01 pdf, 13); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones desde 14/01/1991, (índice 01 pdf 25); iii) el 18/05/1994 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada Porvenir S.A. (índice 34 pág.87), posteriormente realizó traslado horizontal de Porvenir S.A a Skandia S.A 12/10/2016 (índice 22 pág. 40).

Es importante indicar que el presente asunto al corresponder sobre la ineficacia del traslado, propiamente no trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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 o afiliada y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así cada persona pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

De otro lado, no es posible acceder a lo expuesto en los recursos de apelación, 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, 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 se dio la afiliación 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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal tercero y cuarto de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la AFP Skandia S.A y Porvenir S.A. que retornen con destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

Respecto a la solicitud de Porvenir, de liquidar los valores a trasladar, debe indicar la Sala, que frente a este tópico está en cabeza de las administradoras de fondo de pensiones, liquidar los aportes correspondientes al tiempo de cotización en que estuvo afiliada la actora, toda vez que, aquellas cuentan con la información documental, que les permite validar las sumas acumuladas en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible la limitación del traslado, tampoco por edad del afiliado, por efecto de la ineficacia. 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. Sin costas en esta instancia.

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: ADICIONAR el ordinal segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito el veintinueve (29) del mes de marzo de 2022., en donde es demandante la señora JANNETH CASTRO LOPEZ y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A y PORVENIR S.A. , ordenar AFP Skandia hoy Old Mutual S.A y Porvenir retornen con destino 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, comisiones, las

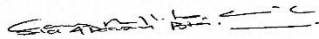
primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

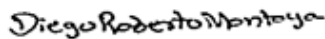
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: **a356db7d8fa119849ad9d68eb670583691087babf288baddfff519c883caac60**

Documento generado en 12/12/2023 04:26:12 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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-016-2021-00030-01

Demandante: PEDRO JOSÉ BLANCO
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Obra con reconocimiento de personería adjetiva la doctora ANGELA MARIA ROJAS BOHORQUEZ, con T.P. 2010.228 como apoderada en sustitución de Colpensiones, conforme documental allegada

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS)¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, se procede a dictar la siguiente:

I. 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 revisar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de febrero de 2023 (23/02/2023).

II. ANTECEDENTES

El ciudadano Pedro José Blanco llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones., y Protección S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Protección S.A. y los posteriores traslados al RAIS, siendo válida aquella afiliación efectuada al

¹ Pase despacho 12/05/2023

ISS. En consecuencia, solicita se condene Protección S.A. trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos, bono pensional, gastos de administración; junto con las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que estuvo bajo afiliación desde 1993 al ISS hoy Colpensiones, que se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A., en septiembre de 2000, que al momento del traslado no fue asesorado ni informado de manera transparente, suficiente, clara, respecto de las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, que no se le informó que su pensión no superaría un 25% del IBC, que el asesor de Protección no tuvo en cuenta que por sus variables de estudio y empleo jamás tuvo perfil financiero para acumular en su cuenta de ahorro individual el capital equivalente al 110% del salario mínimo, que se exige para una pensión de salario mínimo; señaló que no se le explicó que por su estado civil, al momento de cumplir la edad exigida para la pensión de vejez o del retiro voluntario el fondo le exigiría el 200% mas de ahorro; no se le informó sobre las modalidades de pensión solo se le enfatizó que su mesada pensional seria superior a la del RPM, nunca se le informó sobre las ventajas y desventajas de cada régimen; que el 18 de septiembre de 2020 se agotó la reclamación ante Colpensiones².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones contra esta dirigidas, argumentado que, el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS, tal afiliación se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos para la época del traslado, no como ahora lo requiere el demandante. Formuló excepciones de fondo, entre otras: presunción legalidad actos administrativos, prescripción, inexistencia de la obligación y buena fe³.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expuso para ello que, a la afiliación fue producto de una decisión libre sin presiones o engaños, es un acto existente válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, donde el demandante se afilió por su propia voluntad en ejercicio de su derecho de libre elección a través de un formulario válido y legal. Propuso como excepciones de fondo, entre otras: prescripción, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, 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 y buena fe⁴.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

² Exp. Digital Id. 1

³ Íd. 15.

⁴ Íd. 19.

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil veintidós (2022), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara el señor PEDRO JOSE BLANCO identificado con la cédula (...) obrante la AFP Protección.

SEGUNDO. CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a Colpensiones incluyendo todos los valores recibidos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, como son: capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, y en general todo valor que haya recibido, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la parte demandante.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir los recursos condenados en el numeral anterior, y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, traduciendo en su historia laboral, la totalidad de semanas que fueron cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los valores como agencias en derecho montos de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1SMLMV), a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/2SMLMV) a cargo de COLPENSIONES, como valor de las agencias en derecho”⁵.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, utilizada la oportunidad para presentar alegatos por algunas de las partes, 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 el señor Pedro José Blanco del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Protección S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la historia laboral del accionante reporta que nació el 28/12/1959 (índice 15 pág. 19), ii) se afilió a ISS a Colpensiones el 09/06/1993 (ibid.); iii) el 01/09/2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Protección S.A (índice 19 pág. 39).

⁵ Id. 36 Acta. Id. 35 Audio»

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 a la parte accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello la AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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. Afiliación que en la contestación de demanda de Protección S.A. se observa activa (índice 19. Pág. 43): “ (...)

Reporte Estado de Cuenta
Fondo de Pensiones Obligatorias

Fecha de generación: 20210819
Identificación: CC 4.112.821
Nombre: PEDRO JOSE BLANCO
Fecha de afiliación: 20000901
Tipo Vinculación: Traslado de régimen
Estado del afiliado: Activo
Semanas cotizadas: 1.065,71

Resumen de la cuenta

	COTIZACIÓN OBL	FGPM	BONO	COTIZ. VOL. AFIL	COTIZ. VOL. EMPL
SALDO A LA FECHA (+)	70.416.909,69	8.340.649,54			
APORTES (-)	29.925.282,00	3.726.907,00			
TRASLADOS ENTRADA (-)					
COMISIONES (+) *					
RENDIMIENTOS (=)	40.491.627,69	4.613.742,54			

(...)“

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias 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, especialmente frente al 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, reasesoría, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para optar por tal Régimen, en el momento del traslado (CSJ SL5188-2021).

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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se 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.”.

Razones que llevan a confirmar la ineficacia del traslado, conocida en esta instancia en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia consultada para ordenar a Protección S.A., que retornen a Colpensiones el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, bono pensional sí lo hubiere, aportes que deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique, 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 régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponibles. 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, conforme a las motivaciones que preceden, se adicionara la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

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: ADICIONAR al ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023), en donde es demandante el señor PEDRO JOSE BLANCO y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para ordenar a esta última entidad, la AFP Protección S.A. que además de lo indicado en la sentencia de primera instancia, retorne el bono pensional si existiese y a Colpensiones el porcentaje de gastos de administración, comisiones, 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, los aportes deberán aparecer discriminados con sus respectivos

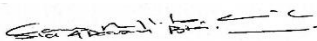
valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

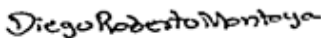
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: 762b3c668915908b4405cfa36b6619dc40d4512da42a3dd19e648f54754ff897

Documento generado en 12/12/2023 04:26:14 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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 04 2021 00339 01

Demandante: JOSE ANDRES FLAUTERO PARRA

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS.

Conforme documental allegada, obra como apoderada sustituta de Colfondos S.A., la Doctora Sonia Milena Herrera, con T.P. 161.163.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta¹ en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 02 de febrero de 2023 (02/2/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá del 2 de febrero de 2023. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano José Andrés Flautero Parra llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Colfondos S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia,

¹ Pase Despacho 16/03/2023

solicita se condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos, gastos de administración y cuotas de manejo descontadas, junto a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 22/12/1964, afiliado al ISS desde 29/04/1986 a 30/06/1996, que el 24/05/1996 diligenció formulario de afiliación a pensiones con Colfondos S.A., señala que al momento de la afiliación no se le brindó información adecuada y completa de las ventajas, desventajas, y características de cada régimen; ni los requisitos para el reconocimiento pensional, ni cómo se liquidaría el monto pensional ni necesidad de capital mínimo, con deficiencias en aspectos básicos de la información entregada, tampoco le indicó la facultad que tenía de ejercer el derecho de retracto, sin que durante esta afiliación al Régimen de Ahorro con Solidaridad (RAIS), el demandante recibiera información sobre las modalidades de pensión ni sobre el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD)².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentado que, respecto a la afiliación del actor al fondo privado, esta fue libre y voluntaria. Señaló que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado Ley 797 de 2003, por tanto, es imposible tenerlo como afiliado al RPM, pues tal situación contravendría no solo disposición de carácter legal, sino el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema. Formuló excepciones de fondo, entre otras: prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y buena fe³.

Colfondos S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expuso para ello, que la afiliación se presentó en virtud del derecho de libre escogencia de fondo de pensiones, siendo el RAIS la elección del actor. Sin poder dejar sin efecto un acto válido y que ratifica los actos propios de la parte demandante con la vinculación formal a la AFP COLFONDOS S.A., donde la parte demandante, dentro del plazo para regresar al Régimen de Prima Media, no lo hizo. Propuso como excepciones de fondo, entre otras: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación*⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del dos (2) de febrero de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

² Exp. Digital Índice 01 pág. 20

³ Íd. 18 pág. 2

⁴ Íd. 20 Pág.05

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación de JOSE ANDRES FLAUTERO PARRA a la AFP COLFONDOS, realizada en 1996. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO. CONDENAR a la AFP COLFONDOS a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas 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 el 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 de los ciclos, IBC, portes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, que una vez, se efectúe el anterior trámite acepte 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. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1/2 smlmv.”⁵

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones se interpuso y sustentó recurso de apelación, se argumenta que debe tenerse presente la inversión de la carga de la prueba, considera que no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP codemandada en atención a que el actor, contaba con los medios y las capacidades para comprender lo que firmó; señalo que no se puede considerar al demandante como la parte débil en el presente proceso, por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera. Manifestó que Colpensiones, actuó de buena fe y la negativa de recibir al actor, es en cumplimiento del deber legal del literal (e) artículo 13 Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 Ley 797 de 2003. Asentó que la declaratoria del traslado de régimen de prima media al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, por un demandante que ya cumplió requisitos para pensionarse (min. 43:47).

IV. 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

⁵ Índice 29 acta de audiencia y 30 audio-

Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por José Andrés Flautero Parra del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Colfondos S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el accionante nació el 22/12/1964 (al índice 01 pdf, 114); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones desde 29/04/1986, (al índice 01 pdf 97; iii) el 24/05/1996 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada a Colfondos S.A. (índice 01 pág. 139).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 define 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se 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.”

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar Colfondos S.A., que retorne con destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

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, tampoco por edad del afiliado, por efecto de la ineficacia. 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. Sin costas en esta instancia.

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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito el dos (2) del mes de febrero de 2023., en donde es demandante el señor JOSE ANDRES FLAUTERO PARRA y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS , para ORDENAR a esta última AFP

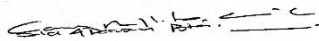
COLFONDOS S.A. retorne con destino a Colpensiones, los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

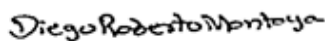
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: **41dfd4c29e07535d4a13764045bc934aed7297fe0d0945b238bdec71fec273b1**

Documento generado en 12/12/2023 04:25:59 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

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 05 2021 00490 01

Demandante: SANDRA YANETH ROJAS LEMUS

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS
S.A.

Conforme documental allegada, obra como apoderada sustituta de Colfondos S.A., la Doctora SONIA MILENA HERRERA con T.P. 161.163. En referencia a la renuncia del poder otorgado por Colpensiones al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán como representante de la sociedad Word Legal Corporation S.A.S., ha de tenerse en cuenta que en audiencia en primera instancia se reconoció la sustitución del poder de quien indica renuncia al doctor Jhon Ferney Patiño Hernández

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta¹ en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 18 de octubre (18/10/2022), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Se resuelve la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá del 18 de octubre de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Sandra Yaneth Rojas Lemus llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y Colfondos S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Colfondos S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS.

¹ Pase Despacho 27/04/2023

En consecuencia, solicita se condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos, gastos de administración; costas y agencias en derecho y lo que resulte probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al expresar que estuvo vinculada en el RPMPD administrado en su momento por el ISS hoy Colpensiones, que el 01/05/1995 se trasladó al RAIS a través de Colfondos S.A. Señaló que nunca le informó, las ventajas, desventajas, características, acceso, condiciones y reglas de cada uno de los regímenes de pensionales, ni los efectos y riesgos de efectuar dicho traslado; que la forma en la cual se llevó a cabo la afiliación en el régimen de ahorro individual es un acto que trasgredió el pleno consentimiento, la libre determinación, y su derecho a la libre escogencia; que el 11 de marzo de 2021 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, siendo negativa la respuesta ².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentado que, la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, tal afiliación se efectuó de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a libre escogencia de régimen, quien se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 haciéndose imposible para su representada tener a la accionante como afiliada al RPMPD. Formuló excepciones de fondo, entre otras: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, prescripción, buena fe y cobro de lo no debido³.

Colfondos S.A. se opuso a las pretensiones, manifestó en primer lugar no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, lo que no permite restar validez a un acto de afiliación que la demandante ha mantenido por más de 20 años. Propuso como excepciones de fondo, entre otras: ausencia de vicios del consentimiento, prescripción, inexistencia de la obligación, compensación, pago y buena fe⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del dieciocho (18) de octubre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

² Íd. 02. Demanda

³ Íd. 5 pág. 2

⁴ Íd. 8 pág 5

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora Sandra Yaneth Rojas Lemus a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A.

SEGUNDO. ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas juntos con los rendimientos, frutos e intereses y a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO. COSTAS a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A, incluyendo como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimo legales mensuales vigentes”⁵.

RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones S.A., se interpuso y sustentó recurso de apelación, manifestando que en concordancia con el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, que reformó el literal (e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que indica que después de un año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, teniendo en cuenta esta normatividad, la demandante cuenta con 56 años de edad, está dentro de la prohibición legal para solicitar el traslado. De otra parte, resaltó que Colpensiones dentro de los 26 años de cotización que ha realizado la actora a Colfondos de 1995 a 2013, no ha tenido ninguna injerencia en las decisiones que tomó la demandante. Resaltó que era deber de la actora averiguar sobre la normatividad vigente que rige este tema laboral tan importante como lo es la pensión de vejez, para poder haber realizado el traslado en debida forma y en concordancia con la Ley (min.38:02).

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 la señora Sandra Yaneth Rojas Lemus del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Colfondos S.A.

IV. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 11/12/1966 (al índice 02 pág. 32);

⁵ Índice 16 acta Id. 15 audio.

ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones, conforme aceptación del hecho 2. por Colpensiones en la contestación de demanda (índice 05 pág. 02); afiliación efectuada desde diciembre de 1992 (al índice 01. Pág. 23) iii) el 29/04/1995 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada Colfondos S.A. (índice 2 pág.103-104).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como tesis del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la

afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado o afiliada y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se estuvo afiliada a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

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

“Pues bien, dicho artículo fue declarado 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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la AFP Colfondos S.A., que retorne con destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

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, tampoco por edad del afiliado, por efecto de la ineficacia. 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. Sin costas en esta instancia.

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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito el octubre (18) de de octubre de 2022, en donde es demandante la señora SANDRA YANETH ROJAS LEMUS y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., para ordenar a la AFP Colfondos S.A., que además de lo expuesto en la sentencia de primera instancia, retorne con destino 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, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima,

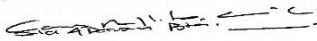
debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

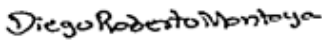
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: 3230e4f327e1526fcde4464d880f4733dee7b851ace567b6db747c7a5ab18052

Documento generado en 12/12/2023 04:26:00 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

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 12 2020 00219 01

Demandante: EUCLIDES ALONSO DE SALVADOR TENZA

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

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta¹ en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 15 de marzo de 2023 (15/03/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá del 15 de marzo de 2023. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano EUCLIDES ALONSO DE SALVADOR TENZA llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Protección S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Protección S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos, gastos de administración, que se condene a Colpensiones para que luego del retorno al RPM, le reconozca y pague pensión de vejez, en los términos de los artículos 9 y 10 de la ley 797 de 2003,

¹ Pase Despacho 27/03/2023

una vez acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha normatividad junto a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 25/03/1963, afiliado al ISS desde 09/02/1989 a 31/01/1999, para un total de 387.86 semanas; señaló que en el 2000 se vinculó a la empresa Asenvases S.A.S., donde fue abordado por un asesor comercial de la AFP Santander hoy Protección S.A., quien le informó que el ISS entraría en quiebra, que en RAIS se podía pensionar a cualquier edad, sin explicar con claridad cual debía ser el monto del capital que debía acumular para acceder a la prestación de vejez; que no se le brindó información adecuada y completa de las ventajas, desventajas, y características de cada régimen; ni los requisitos para el reconocimiento pensional, ni cómo se liquidaría el monto pensional ni necesidad de capital mínimo, tampoco le indicó la facultad que tenía de ejercer el derecho de retracto, sin que durante esta afiliación al Régimen de Ahorro con Solidaridad (RAIS), el demandante recibiera información sobre las modalidades de pensión ni sobre el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), como consecuencia de la errónea asesoría accedió a firmar el formulario de afiliación a partir del 01 de agosto de 2000, finalmente indicó que agotó la reclamación ante las accionadas².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumenta que, respecto a la afiliación del actor al fondo privado, esta fue libre y voluntaria, que se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Señaló que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado Ley 797 de 2003, por tanto, es imposible tenerlo como afiliado al RPM, pues tal situación contravendría no solo disposición de carácter legal, sino el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema. Formuló excepciones de fondo, entre otras: prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y buena fe³.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expuso para ello, que la afiliación se presentó en virtud del derecho de libre escogencia de fondo de pensiones, siendo el RAIS la elección del actor, bajo un acto de afiliación existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, sin engaño por el actual resultado de una posible mesada pensional, pues no era posible predecirlo para el momento del traslado. Propuso como excepciones de fondo, entre otras: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe⁴.

² Exp. Digital Índice 01 pág. 28

³ Íd. 7 pág. 2

⁴ Íd. 20 Pág.05

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia realizada por el señor Euclides Alonso De Salvador Tenza, identificado con la cédula (...) del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por Santander hoy Protección S.A., el 07 de junio de 2001 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. DECLARAR válidamente vinculado al señor Euclides Alonso de Salvador Tenza al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO. CONDENAR a Protección S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del señor Euclides Alfonso de Salvador Tenza tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todo sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Protección S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia del traslado del señor Euclides Alfonso de Salvador Tenza al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO. DECLARAR probada de oficio la excepción de petición antes de tiempo y no probadas las propuestas por las accionadas.

SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia a Protección S.A., y Colpensiones a favor del demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 1.160.000 para cada una.”⁵

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones se interpuso y sustentó recurso de apelación, se argumenta que los afiliados del sistema pensional, se encuentran con el derecho a escoger libremente el régimen al cual se afilian tal como se indica en el literal e) artículo 13 Ley 100 de 1993, es así como también es importante resaltar que existe una correspondencia entre voluntad y acciones, es decir que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado. De otra parte señaló que la declaratoria de ineficacia, atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, dada la prohibición de la Ley 797 de 2002, en el entendido que el objetivo perseguido con el periodo de carencia de la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del RPM que se produce cuando se permite que las personas que no han contribuido al fondo común, y que por lo mismo no han sido tenidas en consideración en la realización del

⁵ Índice 19 acta de audiencia y 18 audio-

cálculo actuarial para determinar las sumas que se representan en un futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, podría ser el trasladarse de régimen cuando están próximos al cumplimiento de los requisitos para conseguir la pensión de vejez, lo que contribuye a desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía del derecho a la pensión de los demás cotizantes. Finalmente solicitó revocar la condena en costas en contra de Colpensiones toda vez que la línea de defensa judicial, se configuró en el artículo 2 Ley 797 de 2003, sin que fuera posible para su representada tener como su afiliado al demandante (min. 57:40).

IV. 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 Euclides Alonso de Salvador Tenza del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Protección S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el accionante nació el 25/03/1963 (al índice 01 pdf, 31); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones desde 9/02/1989, (al índice 01 pdf 34; iii) el 07/06/2001 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada a Santander Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. (índice 01 pág. 53).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente el litigio no corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se 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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

Conceptos antes enunciados que se referencian dentro del acápite resolutivo de la sentencia apelada, requiriendo la sentencia consultada además ser expresa en el ordinal tercero, en cuanto a que además de lo allí expuesto se deberán devolver a Colpensiones, el bono pensional si existiese, los aportes 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 la administradora, así como 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 justifique, por lo que en este aspecto la sentencia en primera instancia debe adicionarse y confirmarse en lo demás.

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, tampoco por edad del afiliado, por efecto de la ineficacia. 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 la recurrente no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones que pase a tener a la demandante como una afiliada válida al régimen pensional que esta administra.

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.

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

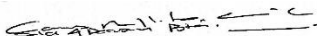
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal Tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito el quince (15) del mes de marzo de 2023., en donde es demandante el señor EUCLIDES ALONSO DE SALVADOR TENZA y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para ORDENAR a Protección S.A., además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne 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, comisiones, 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 justifique.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

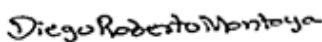
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: **b31a0885ba092b1f8cce5aae4bd569ce4f96f6ce2602202b327eb7bca471748e**

Documento generado en 12/12/2023 04:26:02 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

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 23 2022 00131 01

Demandante: LUIS FERNANDO BALLESTEROS MARIN

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A, y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Sin reconocimiento de personería adjetiva la doctora MARIA ALEJANDRA BARRAGÁN COAVA, con T.P. 305.329 como apoderada de Colpensiones; se indica que el poder a ella se sustituye en relación con el otorgado por Colpensiones a la sociedad Tabor Asesores Legales S.A.S. pero los soportes anexos dan cuenta de aquel constituido por Colpensiones a la sociedad Mejía y Asociados Abogados Especializados S.A.S.

Sobre la denominación de renuncia motivada de poder que se presenta respecto a Colfondos S.A., la misma expresa un ánimo del poderdante de no continuar con la representación judicial, sin que tal entidad presente revocatoria o constitución de apoderado diferente, por lo cual conforme artículo 76 del CGP no resulta posible acceder a la renuncia presentada.

Obra como apoderado de la parte demandante el doctor NICOLÁS CABEZAS MANOSALVA con T.P. 339.231, quien retoma el poder a él otorgado, conforme su intervención al presentar alegatos en segunda instancia.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación por las accionadas, así como el grado jurisdiccional de consulta¹ en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 27 de marzo de 2023 (27/03/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

¹ Pase Despacho 18/04/2023

Se resuelve la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá del 27 de marzo de 2023. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Luis Fernando Ballesteros Marín llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Protección S.A. Colfondos S.A., Skandía S.A., y Porvenir S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a los fondos privados demandados trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS junto con los rendimientos, gastos de administración y cuotas de manejo descontadas; una vez que Colpensiones reciba los aportes se actualice la historia laboral, las costas y agencias en derecho, lo que resulte probado ultra y extra petita. Como pretensión subsidiaria se condene a las accionadas a pagar la diferencia de la mesada pensional que hubiese podido recibir en el RPM a la mesada en el RAIS.

Fundamentó sus peticiones, en síntesis al indicar que el demandante nació el 04/06/1963, se afilió al ISS desde 11/02/1988, que se trasladó de régimen pensional a Colfondos S.A. en el mes de abril de 1994, posteriormente realizó distintos traslados horizontales en diciembre de 1997 a Old Mutual S.A., enero de 2004 a Protección S.A., y en enero de 2019 a Porvenir AFP donde actualmente se encuentra afiliado; señaló que en diligenciamiento del formulario de afiliación los fondos privados no cumplieron con el deber de información que le permitiera tomar una decisión informada, autónoma y consiente respecto de los riesgos, beneficios, desventajas y comparaciones de afiliarse a cada uno de los regímenes pensionales y las implicaciones que se tiene respecto a la mesada pensional y los aportes; que cotizó en Old Mutual y Protección un total de 675 semanas; que las accionadas omitieron indicar que tenía la posibilidad de trasladarse de régimen y ejercer el derecho de retracto; que las accionadas causaron un perjuicio, pues al provocar la afiliación al RAIS la mesada pensional se vio sustancialmente disminuida; que presentó derecho de petición ante Colpensiones solicitando la ineficacia del traslado de régimen pensional².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumenta que respecto a la afiliación del actor al fondo privado, fue libre y voluntaria ejerciendo su derecho a libre escogencia de régimen. Actor que se encuentra bajo la prohibición de traslado dispuesta en la Ley

² Exp. Digital Índice 01

797 de 2003, afectando la sostenibilidad financiera del Sistema. Formuló excepciones de fondo, entre otras: prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y buena fe³.

Skandia S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expuso que, de acuerdo con la ley, la selección de régimen del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, en tal sentido, al seleccionar el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad el señor Luis Fernando Ballesteros Marín aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. De forma adicional, aclaró la información y asesoría suministrada por Skandia S.A, al momento de la vinculación de la parte actora, se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS del cual hace parte esta Sociedad Administradora, y teniendo en cuenta las características del caso individual del demandante, las cuales se resumen a que venía afiliado en otra AFP, lo que reitera no solo su conocimiento frente al funcionamiento del RAIS sino su deseo de pertenecer a él. Propuso como excepciones de fondo, entre otras: actos de relacionamiento, inhabilitación de traslado por edad, prescripción y buena fe⁴.

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, conforme al deber de información exigido para la época, explica que realizó al demandante la correspondiente asesoría, que le permitiera comprender los efectos del acto jurídico celebrado; adicional su traslado entre administradoras fue de manera libre y voluntaria, como consta en el formulario de afiliación. El fondo cumplió con su deber de información, según los mandatos legales vigentes para la época de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Propuso como excepciones de fondo, entre otras: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y prescripción de la acción de nulidad⁵.

Por su parte Colfondos S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, la AFP agotó todos los requisitos legales y exigible por la ley para brindar al afiliado toda la información de manera eficaz, oportuna y clara, dando siempre la posibilidad al afiliado de comunicarse con la entidad de la manera más sencilla como lo son sus canales electrónicos, y también de manera mensual se envió los extractos de la cuenta individual de pensión al afiliado, así mismo daba contestación a sus inquietudes y requerimientos. Propuso como excepciones de fondo, entre otras: prescripción, buena fe, e inexistencia de la obligación⁶.

Protección S.A. se opuso a las pretensiones, señaló que al demandante se le brindó una asesoría honesta y responsable sobre la AFP a la que deseaba trasladarse y el régimen, explicando en forma clara y comprensible sus características y diferencias

³ Íd. 12 Pág. 57 a 76. Reforma Contestación Id 15

⁴ Íd. 05. Reforma Contestación Id 10.

⁵ Íd. 4. Reforma Contestación Id 16

⁶ Íd. 20.

respecto al Régimen de Prima Media, desde su vinculación y durante el tiempo de afiliación. Como excepciones de fondo, entre otras, presentó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, prescripción y buena fe. Mediante auto de 10 de octubre de 2022 se tuvo por no contestada la reforma a la demanda por parte de Protección S.A.⁷

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz de la afiliación o traslado del demandante Luis Fernando Ballesteros Marín del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO. CONDENAR a la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido, entre 01 de mayo de 1994 al 31 de enero de 1998, con motivo de la afiliación del demandante Luis Fernando Ballesteros Marín, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con recursos propios desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Skandia, con ocasión al traslado solicitado por el demandante el 01 febrero de 1998.

TERCERO. CONDENAR a la Skandia Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de febrero de 1998 al 28 de febrero de 2004, con motivo de la afiliación del demandante Luis Fernando Ballesteros Marín, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Protección, con ocasión al traslado solicitado por la demandante el 01 de marzo de 2004.

CUARTO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de marzo de 2004 al 31 de marzo de 2019, con motivo de la afiliación del demandante Luis Fernando Ballesteros Marín, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento

⁷ Íd. pág.21

alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con recursos propios desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Porvenir el 01 de abril de 2019, con ocasión a los traslados solicitados por la demandante.

QUINTO: CONDENAR a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante Luis Fernando Ballesteros Marín, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con recursos propios desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

SEXTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir al señor Luis Fernando Ballesteros Marín en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese traslado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual.

SEPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las accionadas”⁸

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Skandia S.A., se interpuso y sustentó recurso de apelación, argumenta frente al numeral tercero, que no tiene la obligación de trasladar a Colpensiones los rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales. Manifestó que los efectos de la ineficacia del traslado de régimen deben estar regulados bajo las disposiciones normativas que regulan de manera taxativa los emolumentos, que deben trasladarse. El Decreto 3995 de 2008 no señala que deban trasladarse los gastos de administración ni los seguros previsionales, toda vez que, el 3% de los gastos de administración son un rubro que no tiene a disposición la AFP. Resaltó que, desde el momento de la afiliación hasta su finalización, se utilizó eficientemente tales dineros bajo una correcta administración, ello en función del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por tanto, solicita se revoque de aquellos conceptos en condena. En lo que respecta a los seguros previsionales, dado que también estos fueron debidamente cancelados y pagados a las aseguradoras durante el tiempo de la relación contractual con las partes, no es procedente la devolución como tampoco la indexación de estos, por cuanto, se estaría sancionando doble vez frente al mismo hecho. Dada la devolución de rendimientos, tesis acogida por otra sede judicial, en virtud de la compensación. Solicitó se den por prescritas dichas obligaciones, dado que la relación contractual finalizó el 29/02/2004, tal como consta en el certificado de traslado de recursos que obran dentro del plenario, y que fue expedido el 03/08/2021. Agregó que, las acciones que recaen sobre los seguros previsionales, en tanto no cubren la

⁸ Índice 39 acta de audiencia y 38 audio

pensión, estos que prescriben en dos años, reiteró que dado que la relación contractual finalizó en el año 2004 hasta la fecha, opera la figura de la prescripción sobre lo ordenado en la sentencia (min. 1:09:50).

Porvenir S.A., interpuso y sustentó recurso de apelación, argumenta que el demandante se trasladó a la AFP en traslado horizontal, el que es completamente válido, pues como quedo probado, fue de manera libre y voluntaria desde 1994 a Colfondos y a Porvenir en 2019, bajo normatividad vigente, ultima calenda cuando el demandante se encontraba bajo prohibición legal de traslado. Agregó que, no se desconoce que el deber de información ha existido desde la Ley 100 de 1993, y ha tenido un desarrollo jurisprudencial. Señaló que para 1994 no se le podía exigir a Colfondos una información diferente a la que brindó en ese momento, que se acreditó en el proceso que el actor recibió información de las características propias del RAIS, como era la posibilidad de la pensión anticipada, la existencia de rendimientos financieros. Resaltó que Porvenir actuó como un tercero de buena fe, porque recibió al demandante fruto de un traslado horizontal, ya que cumplía los requisitos para ello, y no podía rechazar su voluntad bajo artículo 112 de la Ley 100 de 1993, actor que se acercó a Porvenir, sin poder esta rechazar la voluntad del actor, quien ya no podría regresar a Colpensiones.

En lo que atañe, a la condena de trasladar los gastos de administración y seguros previsionales, no es procedente trasladar estos rubros, ya que esto hace parte de la administración de los recursos del afiliado, se generaron unos rendimientos, que incrementaron un 60% los aportes del actor, y que reposan en su cuenta de ahorro individual; indicó que el porcentaje de los gastos de administración, como de los seguros previsionales, conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no está llamado a financiar la pensión de vejez en ninguno de los regímenes pensionales. En lo atinente a los seguros de invalidez, vejez, sobrevivencia, se debe tener en cuenta que el accionante tuvo cobertura durante toda su afiliación, por tanto, estos aportes cumplieron su finalidad por lo que no resulta procedente una eventual devolución. Dada la taxatividad de la devolución de recursos en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, que no hace mención a sumas adicionales, como las que se objetan.

Finalmente y en el caso de confirmar el fallo de primera instancia, solicita revocar la decisión relativa a la indexación de los valores que fueron objeto de condena, en la medida en que Porvenir generó respectivos rendimientos financieros que como indicó superan con creces los aportes del accionante, y en este sentido con estos rendimientos financieros ya se estaría cubriendo cualquier tipo de suma adicional o cualquier pérdida del poder adquisitivo de la moneda, como en otras sedes judiciales se ha indicado; además se estaría imponiendo una doble sanción por un mismo hecho, en consecuencia debe aplicarse la compensación para evitar un enriquecimiento sin causa por Colpensiones (min. 1:15:39).

Por su parte Colpensiones interpuso recurso de apelación, sustentando para ello, que

esta entidad administra dineros públicos y al momento del traslado del actor, era un tercero de buena fe. Que la afiliación al RAIS es válida, conforme al formulario de afiliación el cual fue suscrito de manera voluntaria, que el accionante realizó tres traslados horizontales, sin mostrar voluntad de querer regresar al RPM. Manifestó que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, para no conceder las pretensiones y no condenar a la entidad en costas (min .1:22:33).

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 el señor Luis Fernando Ballesteros Marón Cabrera del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A. Como también se presentaron alegatos en esta instancia, en el sentido de soportar las razones frente al interés jurídico de cada representada.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el accionante nació el 07/06/1963 (al índice 01 pág. 116); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones 11/02/1988, conforme respuesta de Colpensiones al hecho 03 (índice 12 pág. 57); iii) el 22/04/1994 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada a Colfondos S.A. (índice 04 pág. 36), el 01/12/1997 con traslado horizontal de Colfondos a Skandia S.A. (índice 05 pág. 30); el 19/01/2004 de Skandia S.A. a Protección S.A. (índice 13 pág. 41) y iv) el 01/02/2019 de Protección a Porvenir (índice 04 pág. 36).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se 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). Doctrina que no permite acoger los argumentos planteados en los recursos de apelación.

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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal quinto de la sentencia recurrida y consultada para ordenar Porvenir S.A., que además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne a Colpensiones el bono pensional si existiese, y DISPONER, frente a todas las AFP en el RAIS en donde el demandante fue afiliado y a Colpensiones, que al momento de cumplirse lo anterior, los aportes deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique.

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, tampoco por edad del afiliado, por efecto de la ineficacia. 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. Sin costas en esta instancia.

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: ADICIONAR el ordinal Quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito el Veintisiete (27) del mes de marzo de 2023., en donde es demandante el señor LUIS FERNANDO BALLESTEROS MARIN y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y

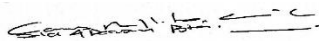
CESANTÍAS y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para ORDENAR a la referida sociedad Porvenir S.A. que además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne a Colpensiones el bono pensional si existiese, y DISPONER, frente a todas las demandadas, que al momento de cumplirse lo anterior, los aportes deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

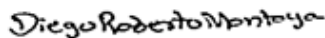
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: 245063b1a1984ab0a68e0c27f5b9e10d429de9d1389d9cd5c0d8f179e68ded76

Documento generado en 12/12/2023 04:26:03 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

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 27 2020 00329 01

Demandante: BLANCA LUCIA GUTIERREZ REYES

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta¹ en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 27 de marzo de 2023 (27/03/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá del 27 de marzo de 2023 (27/03/2023). De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Blanca Lucia Gutiérrez llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y Porvenir S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, bono pensional, rendimientos financieros, aportes al fondo de solidaridad pensional, junto a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones en síntesis, al indicar que nació el 30/05/1962, que desde el 08 de enero de 1987 realizó cotizaciones en el RPM al fondo de previsión de

¹ Pase Despacho 12/04/2023

notariado y registro “Fonprenor”, que el 10/04/1996, fue abordada por asesores de Porvenir en la Notaria Única del Circuito de Cáqueza; sin que se le informara las características del RAIS, el valor de la mesada pensional en el fondo privado ni las modalidades de pensión, como era la distribución de los aportes; no se indicó las ventajas y desventajas del RPM y del RAIS, ni sobre los riesgos financieros; que firmó el formulario de afiliación pero se le desconoció el derecho al consentimiento informado; que el 11 de septiembre de 2020 elevó derecho de petición ante Colpensiones y Porvenir solicitando regresar al RPM².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentado que, el formulario o solicitud de afiliación suscrito por la señora Blanca Lucia Gutiérrez Reyes con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, mediante el cual se efectuó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Formuló excepciones de fondo, entre otras: prescripción, inexistencia del derecho y saneamiento de la nulidad alegada³.

Mediante auto del 11 de marzo de 2022 la a quo tuvo por contestada la demanda Colpensiones, en auto del 13 de enero de 2023 se tuvo por no contestada la demanda por Porvenir S.A.⁴

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora Blanca Lucia Gutiérrez Reyes del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por lo expuesto en la parte motiva esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones

² Íd. 01. Demanda

³ Íd. 8 pág. 1

⁴ Íd. 10, 12

Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Blanca Lucia Gutiérrez Reyes, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones afiliar nuevamente a la señora Blanca Lucia Gutiérrez Reyes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho"⁵.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones se interpuso y sustentó recurso de apelación, se señaló que en el transcurso del proceso no se logró probar el supuesto engaño sufrido por la accionante, ni la falta de información al momento de la asesoría que brindó la AFP. Dijo que la actora registra cotizaciones realizadas al régimen de prima media con prestación definida, y a otras cajas distintas, en ese entendido a la entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993; la accionante no se encontraba afiliada al Instituto de Seguro Social, en consecuencia, la ineficacia, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como Colpensiones.

Indicó que, en el formulario de afiliación y traslado suscrito por la accionante bajo la gravedad de juramento, se encuentra la manifestación expresa de que lo hizo libre de apremio, por su propia voluntad, por tanto la afiliación de la actora al RAIS, se realizó con el lleno de requisitos legales, y en dichas oportunidades no manifestó nunca su deseo de retractarse de la misma, razón por la cual no puede ordenarse un regreso automático al RPM; igualmente no obra prueba alguna que efectivamente se le incitara al error, falta al deber de información de la AFP o que se está en presencia de algún vicio de consentimiento; no se evidencia dentro del formulario, nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin generar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas; sin vicio de consentimiento, sin manifestación de retracto y dada la antigüedad de afiliación no es dable indicar la falta de información, accionante que tenía la carga de la prueba, lo que no cumplió, mientras que el actuar de Colpensiones ha estado de

⁵ Índice 16 acta 17 audio.

acuerdo a la indicación jurisprudencial, lo que significa que la vinculación a Porvenir S.A. se ajusta a la ley y goza de plena validez, por lo que debe recovar la sentencia (min. 32:15).

IV. 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 Blanca Lucia Gutiérrez Reyes del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 30/05/1962 (índice 01. pág.15) ii) que realizó cotizaciones en el Caja Fonprenor desde 08/01/1987 (hecho aceptado por Colpensiones al índice 08); iii) el 10/04/1996 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada a Porvenir S.A. (índice 01 pág.14)

Es importante indicar que al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no corresponde del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora, valga resaltar que, si bien la accionante, no estuvo afiliada al ISS sino por una Caja “Fonprenor”, lo cierto es que antes de la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones existían diversas cajas o fondos de previsión, que administraban los regímenes pensionales. 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. 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, el hecho que antes del traslado al RAIS, la demandante estuviese afiliada en pensiones en la Caja – Fonprenor-, con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se entiende que, la afiliación, en vigencia del sistema general de

pensiones (artículo 151 de la Ley 100 de 1993) continuó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, esto es, al ISS hoy COLPENSIONES, pues corresponde a la administradora del citado régimen, en relación con aquellas cajas que cesaron su aseguramiento o existencia.

Al efecto, la Corte Suprema de Justicia, en casos similares en donde se solicita la ineficaz 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 ente que hoy administra el RPM, esto es Colpensiones, sentencia CSJ SL4334-2021.

Definido lo anterior, en el caso donde se pretende por 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 a la accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello la AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019;

aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se estuvo afiliada a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

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

“Pues bien, dicho artículo fue declarado 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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar Porvenir S.A., que además de lo expuesto, los aportes deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique, 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 régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado, tampoco por edad de la persona afiliada, por efecto de la ineficacia. 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. Sin costas en esta instancia.

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

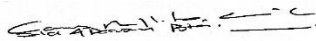
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito el veintisiete (27) de marzo de 2023, en donde es demandante la señora BLANCA LUCIA GUTIERREZ REYES y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A., S.A., para ORDENAR a PORVENIR S.A., que además de lo indicado en la sentencia mencionada, al momento de cumplirse el traslado de los montos expresados, los aportes deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

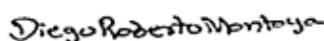
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: **1cdf2edd994cf5c053d2736688e596e89b65a6f28ce590f35b2bbc8318d6a8a7**

Documento generado en 12/12/2023 04:26:05 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

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 32 2019 00322 01

Demandante: CLARA INES GARZÓN SANCHEZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. y PROTECCIÓN¹ S.A.

Conforme documental allegada, obra como apoderado de Porvenir S.A. el doctor Daniel Felipe Ramírez Sánchez con T.P. 373.906, conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación presentados por las accionadas, así como el grado jurisdiccional de consulta² en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 29 de marzo de 2023 (29/03/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Se resuelve la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá del 29 de marzo de 2023 (29/03/2023). De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Clara Inés Garzón Sánchez llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A., y Skandia S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se

¹ Id. 14 auto 04 octubre vincula

² Pase Despacho 14/04/2023

condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 18/10/1964, afiliada al ISS desde 31/07/1987 que, en el mes de junio de 1994, se afilió a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., que al momento del traslado no fue asesorada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, respecto de las diferencias entre cada régimen pensional, sus desventajas, ventajas, y en general las implicaciones sobre su derecho pensional. Señaló que en abril de 2003 realizó traslado horizontal a la AFP Protección S.A., y posteriormente en julio de 2006 a Skandia S.A. Que una vez realizada la proyección de la mesada pensional en el RPM arroja como resultado para el 2019 la suma de \$5.927.929, mientras que el RAIS es de \$1.868.638; que solicitó a Colpensiones la ineficacia del traslado, siendo negativa su repuesta³.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a la pretensión de traslado, argumenta que, respecto a la afiliación deberá probarse dentro del proceso el engaño u omisiones que pudo cometer la AFP Porvenir. Así como debe probarse el vicio en el consentimiento que se alude para efectos de determinar si procede el retorno al RPM. Formuló excepciones de fondo, entre otras: prescripción, compensación, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y buena fe⁴.

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., sigla Skandia Pensiones y Cesantías S.A. ó Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., se opuso a las pretensiones, sostuvo que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, afiliación que se realizó atendiendo a los lineamientos del ordenamiento jurídico en tanto no existe defecto en las condiciones de validez entre estos la capacidad de los sujetos ni se presenta vicio en el consentimiento, la causa y objeto son lícitos. Propuso como excepciones de fondo, entre otras, *prescripción, buena fe, y cobro de lo no debido* ⁵.

Mediante auto de 04 de abril de 2022, el A quo tuvo por no contestada la demanda, por parte de Porvenir⁶

Protección S.A., al ordenarse su vinculación en audiencia del artículo 77 del CPTSS, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones, argumentó que la afiliación de la actora es un acto existe y válido, exento de vicios del consentimiento. La suscripción del formulario de afiliación se realizó en forma libre y espontánea. Propuso como

³ Exp. Digital Índice 01 pág. 18

⁴ Íd. 01 pág. 98 a 110

⁵ Íd. 1 Pág. 144 a 154

⁶ Íd. 9

excepciones de fondo, entre otras, *prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones*⁷.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante Clara Inés Garzón Sánchez a través de la AFP Colpatria hoy en día Porvenir S.A., de fecha 10 de junio de 1994, así como sus posteriores traslados entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, condenar a la demandada Porvenir S.A y a la vinculada Protección S.A., a trasladar con destino a Colpensiones las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por Porvenir S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. CONDENAR a la demandada Skandia Pensiones y Cesantías S.A., a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados juntos con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguro previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que correspondan en proporción al tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por Skandia Pensiones y Cesantías S.A. con cargo a sus propios recursos.

QUINTO. ORDENAR a la demandada Colpensiones a recibir a la demandante Clara Inés Garzón Sánchez como afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO. CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A., y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a los dos (2) smlmv. Sin costas respecto de Colpensiones, Protección S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A.”⁸

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones se interpuso y sustentó recurso de apelación, se señaló que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y a las disposiciones legales

⁷ Íd. 17 Pág. 3

⁸ Índice 29 acta de audiencia y 30 audio-

instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 del 2003 y el Acto Legislativo 01 del 2005, que busca proteger este principio.

Aunado lo anterior, en el presente caso la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-789 del 2012, C-1024 del 2004, SU-062 del 2010, SU-130 del 2013 al indicar que la única condición prevista que no exige un límite de tiempo efecto de solicitar el traslado de régimen, es que el afiliado acredite ser beneficiario del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años, con anterioridad al 01 de abril de 1994, situación que no se presenta en este caso. De otra parte, solicita se tenga en cuenta lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia SU-062 del 2010, en relación con el cálculo de rentabilidad.

Manifestó que en sentencia SL-17595 de 2017, la Corte sostuvo que existen un deber de información, en la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado luego, es decir, entre más experto un afiliado, menos asimetría con la información del mercado, por lo anterior, se debe tener en cuenta que la demandante, tal y como lo indicó en el interrogatorio de parte, trabajo durante varios años estuvo afiliada en cargos directivos y en los cuales se manejaban diferentes productos que ofrecen los fondos privados, y por lo tanto se puede inferir que conocía sobre estos productos, por lo tanto aunque la demandante no sea experta en el conocimiento del tema pensional, lo cierto es que si tenía una capacidad para ilustrarse y asesorarse mejor, de indagar aún más en el tema del régimen ahorro individual, de aclarar dudas sobre su futuro pensional entre los diferentes regímenes y cuál era el que más le beneficiaba, lo cual con el interrogatorio de parte, no lo realizó, como quiera solo cuando tenía aproximadamente 48 años de edad, consulto sobre su futuro pensional.

Finalmente, solicita se tenga cuenta el principio de relatividad jurídica, de Colpensiones frente al acto jurídico celebrado entre la demandante y los diferentes fondos privados, el que tiene efectos interpartes y por lo tanto independiente de la decisión adoptada, Colpensiones no puede verse ni favorecida ni perjudicada (min. 48:28).

Por su parte Porvenir S.A, interpuso recurso de apelación, indica que el a quo tuvo por no cumplido el deber de información; empero para la época en que surtió la vinculación de la demandante con la administradora Colpatria hoy Porvenir, en 1994 no existía en cabeza de las AFP el deber de dejar constancias o soportes documentales diferentes al formulario de afiliación, documento el cual obra en el expediente, así como los demás formularios suscritos por la demandante, que evidencian que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria.

En el interrogatorio de parte la actora, manifestó haber laborado en la AFP Colpatria, AFP Porvenir, igualmente en la AFP Protección, sobre su vinculación laboral con la AFP Colpatria dijo que se desempeñó como directora de ventas, igualmente sobre su vinculación con la AFP Porvenir identificó como cargos analista de organización y métodos, servicio al cliente en cesantías y directora de una oficina, y con respecto a su afiliación a la AFP Protección se desempeñaba en atención al cliente en cesantías, que fue capacitada para el ejercicio de sus funciones dentro de cada uno de los cargos aquí mencionados, de manera tal que estos elementos resultaban ser unos elementos de juicio, que el despacho tuvo que haber considerado a efectos de apártese del precedente jurisprudencial actual, ya que no es afiliada que permita indicar una asimetría de información, pues por sus funciones en sus cargos tenía obligación de conocer aquellos asuntos, pues en el sector financiero, para ciertos cargos se requieren conocimientos, como de ella a sus subalternos o asesores comerciales.

Aunado a lo anterior, resaltó que no hay lugar, a la ineficacia solicitada por parte de la demandante, dado que su afiliación se dio con el lleno de los requisitos legales y su inconformismo en realidad no se centra o no se sustenta con una supuesta ausencia del deber de información, cuando la demandante debía actuar con diligencia y cuidado, quien realizó múltiples traslados horizontales, inconformismo de la actora que se encuentra frente a la diferencia o la mesada pensional que recibiría en su AFP actual que es Skandia, situación que no es de recibo o no es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación, si los dos regímenes pensionales se encuentran autorizados. Enunció la sentencia CSJ SL4680-2020 sobre la situación en que el juez de instancia se aparta de la doctrina para personas que tuvieron cargos de dirección en las administradoras.

Finalmente manifestó, si se considera que el acto jurídico es nulo, no podría considerarse que Porvenir se encuentre en la obligación de retornar los gastos de administración, cuando fueron rubros que descontó por necesarios para generar un incremento en el patrimonio encomendado en su administración, por lo que no habría lugar a su devolución, además estos gastos tuvieron una finalidad prevista en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, obedecieron a la correcta administración, generación de rentabilidad y seguridad en los recursos de la relación de la demandante, por lo que fueron sumas empleadas para lo imprevisto y no están en poder de la demandada, por lo que una condena en este sentido supondría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la actora y a costa del patrimonio económico de Porvenir, tampoco habría lugar a la devolución de las primas de seguros previsionales pagadas, puesto que estos rubros fueron necesarios descontarse para financiar las pólizas de los seguros previsionales, relación contractual que resulta haberse suscrito con las diferentes aseguradoras y que en realidad estas terminan como un tercero ajeno y que no puede entonces ordenarse la devolución de las primas pagadas cuando estas tuvieron la finalidad o cumplieron con la finalidad previstas, que

era asegurar las contingencias de invalidez y muerte, a pesar de que las mismas nunca se presentaron, por lo tanto al ser sumas igualmente empleadas para un fin imprevisto, no se encuentran en poder de Porvenir, por tanto no procede su devolución, tampoco procede la indexación. En el caso que se condene a Porvenir a la devolución de estos rubros, es decir, gastos y primas, como quiera que someter a Porvenir a la indexación, al tiempo que se somete a Skandia, que es la AFP actual, a retornar los rendimientos financieros que ha recibido producto de los traslados interiores al régimen de ahorro individual, como aportes y rendimientos es un doble cobro que no tiene ningún tipo de sustento o justificación jurídica, dado que los rendimientos financieros compensa la indexación. Por todo lo anterior y teniendo en cuenta que la acción de nulidad propuesta por la parte actora, si es susceptible del fenómeno prescriptivo solicita revocar en su integridad el fallo (min. 54:00).

Skandia S.A., interpuso y sustento recurso de apelación, específicamente en las condenas impuestas en el numeral cuarto; respecto de la devolución de los gastos de administración, primas del seguro previsional, porcentaje de fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargos de sus propios recursos, teniendo en cuenta que la Ley 100 del 1993 crea el régimen de ahorro individual con solidaridad y con ello un conjunto de obligaciones para las administradoras de fondos de pensiones, con cada uno de sus afiliados a este subsistema, puntualmente el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en su inciso segundo y tercero señala *“En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes...”*, adicionalmente y en concordancia con lo ya resaltado del Decreto 692 de 1994 en su artículo 36, señala de igual manera la distribución de esas cotizaciones, de conformidad con esas normas aludidas se puede colegir entonces que ese 3% en ambos regímenes pensionales se destina a cubrir dos tópicos, el primero de ellos los gastos o comisión de administración y el segundo el pago de las primas para los seguros de invalidez y sobrevivencia, adicionalmente y correlativamente con esta contraprestación mencionada se crean una serie de obligaciones que deben cumplir todas las administradoras de fondos de pensiones, siendo las principales administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado, garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones, consolidar la historia laboral, ejercer la acción de cobro frente a las moras generadas y garantizarse que en caso de cumplirse con los requisitos de pensión de sobrevivencia e invalidez, se pueda financiar dicha prestación al afiliado y a sus beneficiarios entre otras, bajo este escenario es relevante mencionar que si bien es cierto, el presente proceso gira entorno a la declaratoria de ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la consecuencia de estas es el regreso automático de las cosas al estado inicial, también lo es realizar un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas, la confianza

legítima y la buena fe; por tanto el reintegro de esa comisión de administración es una clara violación al principio constitucional de buena fe, confianza legítima y al debido proceso, pues se ordena judicialmente devolver una suma que tiene un titular definido legalmente, que se cumplió con la administración de los recursos. Demandada que sigue llevando la administración de estos recursos.

Ahora bien, a lo que respecta a las primas de seguros de invalidez o sobrevivencia, tampoco es procedente que se deba asumir, en tanto la causa del aseguramiento que es la invalidez y sobrevivencia es permanente y la demandante goza de esa cobertura durante toda la vinculación al fondo de pensiones obligatoria, de ahí que parte el mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos antes mencionados y por lo tanto no se encuentra en las actas de la AFP. En cuanto a la indexación también resulta improcedente, citando providencia sobre indexación, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que debe cumplir todas las administradoras de fondos de pensiones, se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, resulta incompatible ordenar esa indexación cuando los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora no se han visto afectados por la inflación, por el contrario han generado y siguen generando rendimientos (min. 1:05:33).

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 Clara Inés Garzón Sánchez del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Skandia S.A., hoy Old Mutual S.A. Una vez presentados alegatos en segunda instancia expresando los argumentos sobre el interés jurídico que se representan, y sin que esta oportunidad se asimile a la sustentación de los recursos de apelación.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 18/10/1964 (al índice 01 pág. 19); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones desde 31/07/1986 (al índice 01 pág. 31; iii) el 10/06/1994 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada a Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A. (índice 01 pág. 51), posteriormente realizó traslados horizontales de Porvenir a Protección S.A el 19/02/2003 (índice 17 pág. 47) iv) de Protección S.A. a Skandia Pensiones y Cesantías el 02/05/2006 (índice 01 pág. 154).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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. 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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021), tampoco el que la actora indicara que laboró para sociedades que tenían a su cargo la administración del RAIS, en tanto ello no presupone, que las demandadas por tal labor de la demandante, tengan por demostrado el consentimiento informado como requisito probatorio que en Casación Laboral al respecto se ha decantado a cargo de las AFP, dado que el consentimiento informado es relevante en tanto diera cuenta de una voluntad del empleado entre otras de no sentirse conminado a la afiliación en el RAIS, si de mantenerse en el RPM se interpretara que no estaba comprometido con los resultados que el empleado podía suponer eran los esperados en el desempeño laboral, y que solo, según interrogatorio de parte a la demandante, pudo conocer la connotación del traslado de régimen, cuando se empezó a desempeñar en el área específica en Skandia, para cuando ya había sobrepasado la edad mínima de traslado, pues en Protección y Porvenir refirió que las áreas de desempeño correspondían básicamente a cesantías (min. 14:50 y sig.). de allí que atendiendo lo expuesto por Colpensiones y Porvenir al sustentar su recurso, es menester precisar que, el hecho de que la afiliada, en este caso la demandante, tenga determinada profesión o tenga ciertas calidades académicas y profesionales, no exime a las AFP del RAIS de brindar la información en los términos señalados por la jurisprudencia y aquí expuestos. Al punto, puede consultarse sentencia CSJ SL112-2023.

Como se ha indicado las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen, pues la circunstancia de que hubiera trabajado en un fondo privado y recibiera capacitaciones respecto al cargo en el portafolio de las cesantías, no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP Protección haya cumplido con su obligación de buen consejo. En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales

implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Clarificado lo anterior, y siguiendo con el hilo conductor; 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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se estuvo afiliada a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de

administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

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

“Pues bien, dicho artículo fue declarado 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.”

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal Cuarto de la sentencia recurrida y consultada para ordenar SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., que retorne con destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

De igual manera por efecto de no exclusión de conceptos que deben ser retornados, se adicionará al ordinal tercero de la sentencia consultada para ordenar a Porvenir S.A y Protección S.A., que retornen a Colpensiones el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, aportes que deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique, 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 régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado, tampoco por edad del afiliado o afiliada, por efecto de la ineficacia. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia.

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: ADICIONAR el ordinal Cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito el veintinueve (29) del mes de marzo de 2023, en donde es demandante la señora CLARA INES GARZÓN SANCHEZ y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para ORDENAR a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. retorne con destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia de primer grado, para ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A., sociedades antes referidas, a que retornen a Colpensiones el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con los gastos de

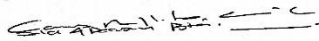
administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, aportes que deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

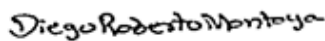
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: 544f7614e44a0deafb7a2e409e1af6a736104a206d359b45d155354c01c7977a

Documento generado en 12/12/2023 04:26:06 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

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 33 2021 00491 01

Demandante: MARIA CATALINA PARRA BERNAL

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN¹ S.A.

Obra con reconocimiento de personería adjetiva, el doctor Daniel Felipe Ramírez Sánchez como apoderado de Porvenir S.A. conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoadas por las accionadas, así como el grado jurisdiccional de consulta² en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 29 de marzo de 2023 (29/03/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Se resuelve la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá del 29 de marzo de 2023. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana María Catalina Parra Bernal llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Protección S.A., y Porvenir S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos; se ordene a Colpensiones a

¹ Id. 12 auto 24 mayo vincula

² Pase Despacho 18/04/2023

actualizar su historia laboral, se condene a las costas y agencias en derecho, lo que resulte probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 11/12/1966, que se afilió al Seguros Social hoy Colpensiones el 12/06/1990; que fue abordada en su lugar de trabajo por una asesora de Protección, quien le aseguró que tendría un mejor futuro en dicho fondo y que su mesada sería más alta que RPMPD, por lo que decidió trasladarse el 05/03/1997; que al momento de traslado tenía cotizadas 89.29 semanas a Colpensiones, que fue suministrada información engañosa e incompleta, induciéndola al error, que fue convencida de la existencia de unos beneficios que solo hacían parte de una estrategia comercial. Señaló que nunca le informó, antes del traslado o al momento de este, las ventajas, desventajas, características, acceso, condiciones y reglas de cada uno de los regímenes de pensiones, ni los efectos y riesgos de efectuar dicho traslado. Que el 01 de octubre de 2009 hizo un traslado horizontal a Porvenir S.A., dicha AFP tampoco le informó respecto de las características, condiciones, reglas, consecuencias y riesgos de cada una de las Administradoras, que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones³.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones, sostuvo que, no hay lugar al traslado de aportes a Colpensiones, por cuanto la afiliación del demandante al RAIS cuenta con plena validez, fue una decisión libre y voluntaria; y que la devolución de gastos de administración resulta improcedente, pues, pretender la devolución estos y de rendimientos económicos supone que, a pesar de solicitar la ineficacia de la afiliación, se quiere dejar en firme lo que durante la afiliación se generó, esto es, los rendimientos económicos, lo que contraría la figura misma de la ineficacia y redundaría en un pago de lo no debido y un enriquecimiento sin causa. Propuso como excepciones de fondo, entre otras, prescripción de la acción de nulidad, buena fe, y cobro de lo no debido ⁴.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentado que, no se configura el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante, Protección y Porvenir, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación. Por tanto, la afiliación en el RAIS es válida. Formuló excepciones de fondo, entre otras: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción e inexistencia de la obligación⁵.

³ Íd. 02. Demanda

⁴ Íd. 7. Pág. 2

⁵ Íd. 8 pág. 2

Protección S.A. se opuso a las pretensiones, señaló que en ningún momento faltó a su deber de información a la demandante pues su consentimiento estuvo mediado de amplia información y asesoría oportuna, pertinente, objetiva y comprensible, así mismo quedó plasmado en los formularios de vinculación lo que evidencia la buena fe y lealtad de los asesores de tal Administradora por procurar el bienestar de la afiliada en el mejor escenario posible. Propuso como excepciones de fondo, entre otras, prescripción, inexistencia de la obligación, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y buena fe⁶.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con esto la afiliación realizada a la señora María Catalina Parra Bernal, identificada con la cédula (...) afiliada el 05 de marzo de 1997 a Protección S.A.

SEGUNDO. DECLARAR que la señora María Catalina Parra Bernal actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

TERCERO. ORDENAR a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora María Catalina Parra Bernal a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO. ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora María Catalina Parra Bernal al RPMPD e integrar en la totalidad su historia laboral.

QUINTO: ORDENAR a PORVENIR S. A. y a PROTECCIÓN S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. 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

SEXTO. CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior.

SEPTIMO. DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

OCTAVO. COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Agencias en derecho, se fija la suma de DOS (02) SMLMV a cargo

⁶ Íd. 9

de Porvenir S.A. y Protección S.A. respecto a cada una y UN (01) SMLMV a cargo de Colpensiones, todas en favor de la parte demandante”⁷.

RECURSO DE APELACIÓN

Por Porvenir S.A., se interpuso y sustentó recurso de apelación, señaló que no se desconoce que el deber de información existe desde la misma creación de los fondos de privados, con la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el mismo ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial que con los años se está volviendo más exigente, es decir, que para el año 1997, fecha del traslado que realiza la demandante, no se le podía exigir, brindar a los potenciales afiliados, una información en los términos que fue reclamado en el escrito de demanda, teniendo en cuenta solo se exigía formulario de afiliación, y nuevas cargas sería hacer retroactivo el derecho, que por el traslado de 1999 se actuó frente a ese proceso como un tercero de buena fe, ya que no tuvo ninguna intervención sobre el traslado al régimen y que simplemente aceptó a la demandante, sobre un traslado horizontal porque ella cumplía con los requisitos para ello. Resaltó que a la actora no se le vulneró su derecho a la libre escogencia de régimen pensional. Que en el transcurso del proceso se acreditó que fue el querer de la accionante el pertenecer el RAIS y no fue presionada indicando ella características propias del RAIS quien conoció las características del régimen, que la accionante tiene el deber de indagar sobre las condiciones del traslado de régimen pensional, y en cabeza de los afiliados también está el deber de información.

Respecto de la obligación de retornar los gastos de administración, cuando fueron rubros que descontó por necesarios para generar un incremento en el patrimonio encomendado en su administración, por lo que no habría lugar a su devolución, además estos gastos tuvieron una finalidad prevista en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, obedecieron a la correcta administración, generación de rentabilidad y seguridad en los recursos de la relación de la demandante, por lo que fueron sumas empleadas para lo imprevisto, por lo que una condena en este sentido supondría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la actora y a costa del patrimonio económico de Porvenir, tampoco habría lugar a la devolución de las primas de seguros previsionales pagadas, puesto que estos rubros fueron necesarios descontarse para financiar las pólizas de los seguros previsionales, relación contractual que resulta haberse suscrito con las diferentes aseguradoras y que en realidad estas terminan en un tercero ajeno y que no puede entonces ordenarse la devolución de las primas pagadas cuando estas tuvieron la finalidad prevista, que era asegurar esas contingencias de invalidez y muerte, a pesar de que las mismas nunca se presentaron, por lo tanto al ser sumas igualmente empleadas para un fin imprevisto, no se encuentran en poder de Porvenir, por tanto no procede su devolución, conforme artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, siendo estos rubros un porcentaje que no

⁷ Índice 17 acta Id. 16 audio.

financiera la pensión de vejez. Expresó que tampoco procede la indexación, ya que las AFP en el Rais generaron rendimientos lo que cubre cualquier suma adicional, conforme otras sedes judiciales lo han concluido, siendo procedente la compensación. expresó que condenar al fondo privado a tales conceptos genera un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones (min. 22:00).

Colpensiones por su parte, interpuso recurso de apelación, manifestando que, para el año del traslado de régimen de la actora en 1997, los fondos privados solo tenían la obligación, para con los afiliados de la suscripción del formulario de afiliación, y con la firma, se entendía que la manifestación era libre y voluntaria. En cuanto al tema de la carga de prueba en el sentido en que recae exclusivamente en cabeza de la AFP, para la época en que se efectuó el traslado de 1997 a 2016, el consentimiento informado era imposible, pues solo tenían el formulario de afiliación. La parte accionante no allegó prueba sumaria que acredite un vicio en el consentimiento en la afiliación al RAIS, simplemente hace unas afirmaciones en el interrogatorio de parte, sin compartir la interpretación del artículo 1604 del C.C. a efecto de declarar la ineficacia, mientras que la AFP cumplió con la carga de demostrar el deber de información, con la suscripción del formulario que fue aportado, siendo el único documento exigido para el momento del traslado y que se resalta era la única exigencia al momento del traslado. Manifestó que la actora ha permanecido por más de 26 años en el fondo privado, aceptar el traslado lesiona el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, conforme artículo 48 de la C.P. a fin de proteger el fondo común que administra Colpensiones, el que ya es deficitario sobre las cotizaciones realizadas. Requiere se absuelva de la condena en costas toda vez que su representada no tuvo ninguna injerencia en el traslado, siempre actuó como un tercero de buena fe y se encuentra obligada a asistir al presente proceso (min. 30:40).

III. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, con presentación de alegatos en ilustración del interés jurídico de las respectivas partes; 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 María Constanza Camacho Jiménez del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A.

IV. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 11/12/1966 (al índice 02 pág. 130-131); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones desde 12/06/1990 (al índice 02 pág. 132; iii) el

05/03/1997 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada Protección S.A. (índice 2 pág.152), posteriormente realizó traslado horizontal de Protección S.A a Porvenir S.A el 25/08/2009 (índice 07 pág. 31).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 a la accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría o tesis del caso, y en relación con los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por cada AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar

su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se 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.”

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en doctrina citada no se excluye de responsabilidad a cada AFP, como aquellas que reciben el traslado horizontal, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la AFP Porvenir que retorne con destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

De igual manera por efecto de no exclusión de conceptos a ser retornados, se adicionará al ordinal quinto de la sentencia consultada para ordenar a Protección S.A., que retornen a Colpensiones el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, aportes que deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique, 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 régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado, tampoco por edad de la afiliada, por efecto de la ineficacia. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia.

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: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito el veintinueve (29) del mes de marzo de 2023., en donde es demandante la señora MARÍA CATALINA PARRA BERNAL y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para ordenar a la AFP Porvenir S.A., retorne con

destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

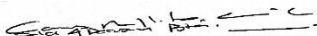
SEGUNDO. ADICIONAR el ordinal quinto de la sentencia de primer grado, para ordenar a la sociedad antes indicada Protección S.A., que retorne a Colpensiones el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, aportes que deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

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

CUARTO. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

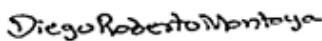
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: **c2558096b279a55e54335bad21cd88cb73e3815adf0e2c7336a2f36e8789782e**

Documento generado en 12/12/2023 04:26:08 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

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 36 2021 00490 01

Demandante: MILTON GUERRERO GUANUME

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

Obra con reconocimiento de personería adjetiva, la doctora Lorena Paola Castillo Soriano con T.P. 404.442, como apoderada en sustitución de Porvenir S.A., conforme documental allegada

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación por Colpensiones y Porvenir, así como el grado jurisdiccional de consulta¹ en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 08 de mayo de 2023 (08/05/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá del 08 de mayo de 2023. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Milton Orlando Guerrero Guanume llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Protección S.A., y Porvenir S.A., a efectos

¹ Pase Despacho 20/06/2023

de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, que se condene a Colpensiones recibir los conceptos antes enunciados, junto a las costas y agencias en derecho, lo que resulte probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que inició sus aportes a pensión a través del régimen de prima media con prestación definida, que el 14/05/1994, se trasladó de régimen pensional a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., posteriormente se afilió a la AFP Horizonte hoy Porvenir el 06/08/1999; no se le brindó información adecuada y completa de las ventajas, desventajas, y características de cada régimen; ni los requisitos para el reconocimiento pensional, tampoco le indicó la facultad que tenía de ejercer el derecho de retracto, sin que durante esta afiliación al Régimen de Ahorro con Solidaridad (RAIS), el demandante recibiera información sobre las modalidades de pensión ni sobre el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), como consecuencia de la errónea asesoría accedió a firmar el formulario de afiliación al RAIS, finalmente indicó que agotó la reclamación ante las accionadas².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentado que, respecto a la afiliación del actor al fondo privado, esta fue libre y voluntaria, que se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Señaló que debió probarse por la parte demandante el vicio en el consentimiento que se alude para efectos de determinar si procede efectuar la nulidad o ineficacia de traslado y el consecuente retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida máxime cuando al momento de la suscripción del formulario de afiliación era al Fondo Privado al que le correspondía brindar la información necesaria para que el afiliado tomara una correcta decisión frente a la conveniencia de uno u otro régimen. Formuló excepciones de fondo, entre otras: prescripción, inexistencia del derecho reclamado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y buena fe³.

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expuso para ello, momento en que el demandante tomó la decisión voluntaria de trasladarse de régimen pensional, la sociedad administradora de pensiones cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los

² Exp. Digital Índice 01 pág. 19

³ Íd. 12 pág. 2

parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda, aun así expone que el demandante recibió asesoría verbal con información suficiente y necesaria en forma clara, veraz y oportuna. Propuso como excepciones de fondo, entre otras: prescripción como de la acción de nulidad, buena fe, y cobro de lo no debido⁴.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señaló que nunca ha incurrido en omisión del deber de información en tanto al actor se le explicó clara y oportunamente al momento de la afiliación cuáles eran las características propias y diferenciadoras entre un régimen y otro de forma objetiva, el funcionamiento de ambos y la forma de acceder a la pensión en cada uno; y la determinación sobre la condición de ser ventajoso o no el traslado de régimen fue un juicio de valoración o conveniencia que realizó la afiliada en su fuero interno, sin inducir a cualquier tipo de error ni engaño. Aunado a lo anterior, el demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS en diversas oportunidades, en las cuales se le brindó asesoría necesaria para que tomara una decisión debidamente informada. Propuso como excepciones de fondo, entre otras: prescripción, 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 e inexistencia de la obligación⁵.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado MILTÓN ORLANDO GUERRERO GUANUME del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 04 de mayo de 1994, a través de la COLMENA CESANTIAS Y PENSIONES hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

TERCERO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de

⁴ Íd. 05 Pág.02

⁵ Íd. 06 Pág.04

la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO. CONDENAR en COSTAS a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, Líquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.”⁶

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones se interpuso y sustentó recurso de apelación, se argumenta que el demandante se afilió de manera primigenia o escogió RAIS en virtud del principio de la libertad de escogencia, que entró a regir a partir del 01 de abril de 1994, vinculación que también fue efectuada de manera libre, consciente, voluntad que fue ratificada durante más de 25 años en los que el actor se encuentra efectuando aportes a pensión. Indicó que Colpensiones no puede aceptar el traslado de régimen pensional una vez se declare la ineficacia de este, teniendo en cuenta que el demandante ya se encuentra inmerso dentro de la prohibición del traslado y recibir al afiliado en el régimen público de pensiones, implicaría un detrimento en los recursos públicos y afectaría gravemente el equilibrio financiero presupuestal de su representada, en atención que el demandante durante más de 25 años no ha contribuido con sus cotizaciones a construir el fondo común de Colpensiones, aunado la responsabilidad del actor como consumidor financiero (min. 58:49).

Por su parte Porvenir S.A., interpuso y sustentó recurso de apelación, explico que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, este no se puede aplicar de manera homogénea en todos los procesos, donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, en efecto de existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se ve en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones, informada, todo esto de conformidad con la normatividad vigente, para el momento del traslado, en este caso en el años 1994 y su posterior traslado horizontal en el años 1999, así mismo la cual debe aclararse, no exigió la información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de instancia, ahora bien con independencia y la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la

⁶ Índice 27 acta de audiencia -id. 26 audio-

Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada, de igual manera y como todo consumidor financiero el demandante debía actuar con mediana diligencia, lo que suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que está adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento.

Agregó que, si se declara la ineficacia del traslado quiero decir que no surtió ningún efecto legal, por tanto no se puede obligar a remitir los rendimientos propios de este régimen, por efecto de las restituciones mutuas, al trasladar los frutos generados por el régimen del cual se predica, nunca existió la afiliación, deberá reconocerse en consecuencia los gastos en los que incurrió para poder administrar el pago de dichos aportes que se entienden realizados en el régimen de prima media, gastos que se sintetizan en las comisiones de administración y las primas de seguros previsionales, en línea de lo señalado anteriormente, debe indicarse que la evolución de gastos de administración, resulta improcedente, conforme lo indicado por la Superintendencia Financiera, sujetándose este al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, así como es improcedente la indexación de tales rubros, por condena sobre traslado de rendimientos, y de acuerdo a lo indicado en otra sede judicial, asimismo considera debería desestimarse la condena en costas (min. 1:01:03).

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 Milton Orlando Guerrero Guanume del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el accionante nació el 17/02/1962 (al índice 01 pág. 22); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones, con cotizaciones reportadas al ISS desde 28/11/1985, (al índice 01 pág. 34; iii) el 04/05/1994 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada a Colmena hoy Protección S.A. (índice 06 pág. 52), el 06/08/1999 con traslado horizontal de Protección a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., (índice 05 pág. 61).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se 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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar Porvenir S.A., que además de lo expuesto, los aportes deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

De igual manera por efecto de no exclusión de conceptos a retornar, se adicionará al ordinal tercero de la sentencia consultada para ordenar a Protección S.A., que regrese a Colpensiones el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, aportes que deberán aparecer debidamente discriminados con sus

respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique, 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 régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado, tampoco por edad del afiliado, por efecto de la ineficacia. 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 la recurrente no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones que pase a tener a la demandante como una afiliada válida al régimen pensional que esta administra.

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.

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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito el ocho (08) del mes de mayo de 2023., en donde es demandante el señor MILTON ORLANDO GUERRERO GUANUME y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para ORDENAR a esta última AFP Porvenir S.A. que además de lo indicado en la sentencia mencionada, al momento de cumplirse el traslado de los montos expresados, los aportes deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique.

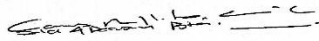
SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia de primer grado, para ordenar a Protección S.A., que retorne a Colpensiones el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, aportes que deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

TERCERO CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

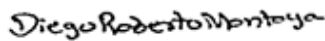
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: **13235197da3c4e6c70d761b804b767123b7a2f32ff1fbb067f977cadf171de49**

Documento generado en 12/12/2023 04:26:09 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

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 38 2021 00180 01

Demandante: MARÍA CONSTANZA CAMACHO JIMENEZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN¹ S.A.

Obra con reconocimiento de personería adjetiva, la doctora MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS con T.P. 321.634 como apoderada en sustitución de Colpensiones y DANIEL FELIPE RAMÍREZ SANCHEZ con T.P. 373.906 como apoderado de Porvenir S.A.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoadas por las accionadas, así como el grado jurisdiccional de consulta² en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 10 de marzo de 2023 (10/03/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá del 10 de marzo de 2023. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana María Constanza Camacho Jiménez llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Protección S.A., y Porvenir S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto a las costas y agencias en derecho.

¹ Id. 12 auto 24 mayo vincula

² Pase Despacho 13/04/2023

Fundamentó sus peticiones, al indicar que se afilió al ISS desde el inicio de su vida laboral en 1994, que en 1998 se afilió a la AFP Porvenir S.A., que al momento del traslado no fue asesorada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, respecto de las diferencias entre cada régimen pensional, sus desventajas, ventajas, y en general las implicaciones sobre los derechos pensionales. Señaló que el 24 de febrero de 2020 solicitó a Colpensiones nueva afiliación al RPM, petición que fue rechazada conforme lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003³.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentado que, respecto a la afiliación del actor indicó que el traslado se efectuó en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2002, lo cual se constata que su afiliación, que es válida y se encuentra vigente en el régimen de ahorro individual con solidaridad y no en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Igualmente que, resulta inverosímil que la demandante, hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba, y no fue sino hasta después de más de 25 años de encontrarse afiliada y después de acreditar menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez, decida solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP Porvenir SA. Formuló excepciones de fondo, entre otras: prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe⁴.

Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones, sostuvo que, el traslado de régimen pensional realizado por la demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993. Propuso como excepciones de fondo, entre otras, prescripción, buena fe, y cobro de lo no debido⁵.

Protección S.A. se opuso a las pretensiones, argumentó no es cierto que la actora se trasladará de régimen de ahorro individual con solidaridad en 1998, dado que dicho traslado se realizó conforme el SIAFP que se adjunta en 1995, tampoco es cierto que no se brindara información en el momento del traslado, dado que se le informó, a la demandante características como: la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual que genera rendimientos financieros la cual determina el monto de la pensión, la posibilidad de pensionarse en forma anticipada siempre que se cuente con un capital suficiente para financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente al año de 1993, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, la posibilidad de que sus aportes hagan parte de la masa sucesoral en caso de fallecimiento, la facultad de aportar a pensiones voluntarias, en consecuencia

³ ³ Íd. 01. Demanda Id. 5 subsanación

⁴ Íd. 10 pág. 3

⁵ Íd. 11. Pág. 2

es válida la afiliación. Propuso como excepciones de fondo, entre otras: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción y buena fe⁶.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del Diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por María Constanza Camacho Jiménez con Destino a la AFP Protección S.A., en su momento Davivir con ocasión a la suscripción del formulario de afiliación del 11 de abril de 1995. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones y a las AFP Protección S.A. y Porvenir que conjuntamente adelante las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al demandante con destino al RPMPD administrado por Colpensiones los recursos sufragados por cuenta de la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL
_____ x VALOR HISTORICO = VALOR INDEXADO
(Valor de Recursos mensuales)
INDICE INICIAL

Debiéndose tomar como índice inicial, el del mes en que se verificó el giro de los recursos correspondientes y como índice final, el del momento en que se efectúe el traslado de los mismos con destino al RPMPD, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar este procedimiento, resaltándose que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán los saldos respectivos con cargo a recursos propios de las AFP Porvenir S.A y Protección S.A en proporción al tiempo en que la demandante permaneció afiliado a cada una de estas administradoras.

Finalmente, en caso de subsistir luego de estas operaciones saldos en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones. Todo lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor del demandante.

⁶ Íd. 16 Pág. 3

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR⁷.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones se interpuso y sustentó recurso de apelación, su apoderada señaló que no se debe trasladar la carga procesal de desvirtuar la buena fe de los fondos privados, no debe desconocerse que el vínculo contractual generado a partir de la selección entre uno u otro régimen pensional genera obligaciones reciprocas, de acuerdo con el artículo 1495 del Código Civil, en este entendido el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones, como el Decreto 2241 del 2010, artículo 4, el deber de brindar información integral por una parte, con la obligación de asesoría y buen consejo que deben brindar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados, pero también con la información que debe adquirir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de comisiones, modalidades, personas que integran los regímenes pensionales que permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención, que merece la decisión de afiliarse, trasladarse o escoger una modalidad particular acorde a las expectativas de cada afiliado. Resaltó que, la permanencia del RAIS por parte de la demandante evidencia con claridad que esta aceptó y se acogió a las reglas, normas y procedimiento de dicho régimen, pues a partir de la firma del formulario y su posterior registro, se acogió a las normas del RAIS, por tanto no puede desconocerse la actuación que genera la ineficacia o nulidad de traslado sin discriminar afiliados al régimen de prima media, solamente en excusarse en falencias de otorgamiento de información por parte de los fondos privados y que otros afiliados pretendan el traslado al régimen de prima media cuando no se ha generado una debida fidelidad al sistema (min. 1:08:02).

Por su parte Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, indicando que no se desconoce, que el deber de información existe desde la misma creación de los fondos de privados, con la Ley 100 de 1993, lo cierto es que este si ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial que con los años se está volviendo más exigente, es decir, que para el año 2003 fecha del traslado horizontal que realiza la demandante, no se le podía exigir, brindar a los potenciales afiliados, una información en los términos que fue reclamado en el escrito de demanda, ya que se actuó frente a ese proceso como un tercero de buena fe, ya que no tuvo ninguna intervención sobre el traslado a régimen y que simplemente aceptó a la demandante sobre un traslado horizontal porque ella cumplía con los requisitos para ello, de conformidad con el artículo 102 de la Ley 100 de 1993, pese que la demandante no recordara las afiliaciones, sí indicó que suscribió los formularios sin ninguna presión, además de haber reconocido su firma, ya que su representada capacita a sus asesores sobre la información que deben otorgar, demandante que no debe descargar el deber de información, pues este también recae sobre los afiliados. Respecto de la obligación de retornar los gastos de

⁷ Índice 26 acta y fallo audio.

administración y seguros previsionales, cuando fueron rubros que se descontaron por ser necesarios para generar un incremento en el patrimonio encomendado en su administración, por lo que no habría lugar a su devolución, además que estos gastos tuvieron una finalidad prevista en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sumas que no financian la pensión y obedecieron a la correcta administración, generan una rentabilidad y seguridad en los recursos de la demandante, por lo que fueron sumas debidamente empleadas, por lo que una condena en este sentido supondría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la actora y a costa del patrimonio económico de Porvenir, que también se descuenta en el régimen a cargo de Colpensiones, tampoco habría lugar a la devolución de las primas de seguros previsionales pagadas, puesto que estos rubros fueron necesarios para financiar las pólizas de los seguros previsionales, relación contractual que resulta por haberse suscrito con las diferentes aseguradoras la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte, que en realidad estas terminan en un tercero ajeno y que no puede entonces ordenarse la devolución de las primas pagadas cuando estas tuvieron la finalidad o cumplieron con la finalidad previstas, que era asegurar esas contingencias de invalidez y muerte, por lo tanto al ser sumas igualmente empleadas para un fin imprevisto, no se encuentran en poder de Porvenir, por tanto no procede su devolución, por estar limitado a los valores que en caso de un traslado se realizan entre regímenes, considera que tampoco procede la indexación, en el caso que se condene a Porvenir a la devolución de estos rubros, es decir, gastos y primas, como quiera que someter a Porvenir a la indexación, como lo han indicado otras sedes judiciales, con los rendimientos se paga la depreciación de la moneda, siendo procedente la compensación (min. 1:10:32).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, presentado alegaciones en segunda instancia, que dan cuenta de la argumentación del interés jurídico respectivo, 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 María Constanza Camacho Jiménez del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 16/02/1967 (al índice 01 pdf, 4); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones desde 26/05/1994, (al índice 01 pdf 5; iii) el 11/04/1995 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada a Davivir hoy Protección S.A. (índice 16 pág.46), posteriormente realizó traslado horizontal de Protección S.A a Porvenir S.A el 16/06/2003 (índice 11 pág. 24).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 a la accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, cada AFP en el RAIS tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para la persona afiliada y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se 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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la AFP Porvenir que retorne con destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

De igual manera por efecto de no exclusión de conceptos que deben ser regresados, también se adicionará el ordinal segundo de la sentencia consultada para ordenar a Protección S.A., que retorne a Colpensiones el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, aportes que deberán aparecer debidamente

discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique, 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 resulta oponible, tampoco por edad de la afiliada, por efecto de la ineficacia. 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. Sin costas en esta instancia.

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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito el diez (10) del mes de marzo de 2023., en donde es demandante la señora MARÍA CONSTANZA CAMACHO JIMENEZ y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., para que además de lo expuesto en la sentencia recurrida, ordenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. retorne con destino 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, comisiones, 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, recibidos y durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique. Se ADICIONA el ordinal segundo de la sentencia de primer grado, para ordenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., que retorne a Colpensiones el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con los gastos de administración y

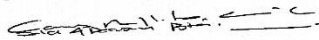
comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, aportes que deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

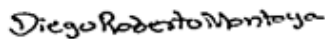
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: 62911c79847577ae13b959cf44519688c587c4a573158f2ae79dd2bcd58d3755

Documento generado en 12/12/2023 04:26:10 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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 003 2022 00054 01

Demandante: LUZ DARY BERNAL ROMERO

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹ en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 1° de marzo de 2023 (01/03/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de marzo de 2023. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Luz Dary Bernal Romero llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a Protección S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Protección S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos, gastos de administración y cuotas de manejo descontadas, junto a las costas y agencias en derecho

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 06/09/1965, estuvo afiliada en el RPMPD donde cotizó 400 semanas aproximadamente y que en el año 1997 se

¹ Pase Despacho 20/04/2023

trasladó al RAIS administrado por Santander hoy Protección, fondo donde sigue vinculada actualmente; traslado que obedeció a la gestión comercial de venta que realizaron los fondos de pensiones a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, sin embargo, que no fue asesorada en tanto que solo se le informó que el cambio de régimen contenía varias ventajas y que la mesada pensional se mantendría en el mismo valor que le otorgaría el régimen del cual venía. Señaló que para ese momento no se le explicó detalladamente las características, ventajas y desventajas de cada régimen, como tampoco las incidencias pensionales que generaría el cambio realizado, en especial sobre el monto de la mesada pensional. Agregó que para el año 2021 solicitó la proyección de la mesada a Protección, quien no se la entregó de manera documentada, pero le informó de manera verbal que el valor sería muy inferior al que le correspondía en el RPMPD².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de condena, argumenta que la vinculación efectuada por la demandante al RAIS goza de plena validez y se debe resaltar que el traslado de la actora se efectuó en cumplimiento del derecho que le asiste a los afiliados de la libertad de escogencia, derecho del que hizo uso la demandante. Formuló como excepciones de fondo, entre otras: validez de la afiliación al RAIS, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas³.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones presentadas en su contra, expuso para ello que, el actuar de la administradora siempre ha sido conforme a la ley y la voluntad de la demandante de afiliarse a esa entidad, acto fue libre y voluntario, exento de cualquier fuerza o vicio del consentimiento, por lo cual, las pretensiones de la actora no tienen tipo de fundamento ni están llamadas a prosperar. Expresó como excepciones de fondo, entre otras: *Inexistencia de la obligación y causa para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de devolver la comisión de administración y el seguro provisional si se declare la ineficacia de la afiliación*⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1° de marzo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante LUZ DARY BERNAL ROMERO, el 30 de mayo de 1997, realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como de los traslados horizontales que con posterioridad se presentaron ya sea por sesión o por fusión o el ultimo traslado entre ING y Protección SA, realizado el 21 de diciembre del año 2010, para entender válidamente vinculada a la demandante en el régimen de prima media con prestación

² Índice 01

³ Índice 05

⁴ Índice 06

definida administrado por Colpensiones, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante LUZ DARY BERNAL ROMERO por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el evento que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los descuentos que se hubiesen realizado por concepto gastos de administración, primas de los seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el la garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a que acepte y reciba esos dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante LUZ DARY BERNAL ROMERO, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y asimismo actualice la historia laboral en semanas cotizadas.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, junto con las agencias en derecho a las dos demandadas, las cuales se tasan en la suma de DOS MILLONES (\$2.000.000) DE PESOS MCTE para cada una de ellas.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, consúltese con el Superior en los términos del artículo 69 del CPTSS⁵

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones se interpuso y sustentó recurso de apelación, argumenta que no se debió condenar en costas a la administradora, pues no haber recibido a la demandante en el momento en que hizo ella efectuó la solicitud para su regreso al régimen de prima media con prestación definida obedeció en su momento a un impedimento y a una incapacidad legal palmaria, preceptuada en la Ley 797 de 2003, esto ante la edad de la actora y la proximidad para cumplir el requisito de edad para acceder a la prestación pensional de vejez, lo que originó el presente litigio. Igualmente, conforme a los demás pormenores del proceso, se pudo constatar que la desafiliación del ISS por parte de la demandante y su elección libre del RAIS fue de manera espontánea y sin haber constreñido su consentimiento; igualmente, que la demandante estuvo en el RAIS por más de 20 años, ratificando de manera repetitiva su ánimo de permanencia (min. 1:51:10).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, surtida la oportunidad para alegar de conclusión, precisando que esta oportunidad no corresponde a la sustentación del recurso de apelación, lo que

⁵ Índice 11 audio y 12 acta de audiencia

se realiza en audiencia en primera instancia, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Protección S.A., Colpensiones presentó alegatos, exposición acorde a su interés jurídico en el presente litigio.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 21/05/1965 (índice 01 pág. 21); que se afilió al ISS ahora Colpensiones desde abril de 1994 (índice 05 págs. 21 a 25); iii) que el 30/05/1997 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada a Colmena hoy Protección S.A. (índice 06 pág. 65); iv) el 01/04/2000 de Colmena a ING por fusión (pág. 61 *ibídem*) y v) el 01/12/2010 realizó traslado horizontal de ING a Protección (pág. 66 *ibídem*).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se 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.”

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar Protección S.A., que además de lo expuesto, retorne con destino a Colpensiones el porcentaje de gastos de administración, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, 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 régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado, tampoco por edad del afiliado, por efecto de la ineficacia. 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 la recurrente no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones deba activar la afiliación del demandante, así como recibir los aportes y conceptos mencionados.

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.

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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito el día 1° de marzo de 2023, en donde es demandante LUZ DARY BERNAL ROMERO y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para ORDENAR a Protección S.A.

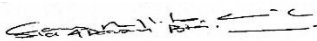
que además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne con destino a Colpensiones, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

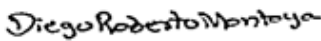
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: 208db86217952f53ccb4bc2546d53a63b025ff8349a653607bb23281c2c1416e

Documento generado en 12/12/2023 04:26:17 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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 020 2021 00491 01

Demandante: EVELYN MERCEDES MONTAÑO PÁEZ

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

Conforme documental allegada, obra como apoderado de PORVENIR el doctor Alejandro Miguel Castellanos López con T.P.115.849

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹ en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 8 de marzo de 2023 (08/03/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de marzo de 2023. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Evelyn Mercedes Montaña Páez llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a trasladar

¹ Pase Despacho 20/04/2023

a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos, gastos de administración y cuotas de manejo descontadas, junto a las costas y agencias en derecho

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 20/05/1966, en octubre de 1991 se afilió al Sistema General de Pensiones y comenzó a efectuar cotizaciones en el extinto ISS. Que en el año 1999 los asesores comerciales de la AFP Davivir hoy Protección le ofrecieron el traslado al RAIS, señalándole que no había ningún problema para efectuarlo, sin que se le hiciera estudio previo de su situación, y que era más favorable el traslado de régimen teniendo en cuenta que iba a tener una mejor mesada pensional que la que obtendría si quedara en el RPMPD, por ello que el 17 de marzo de 1999 se trasladó sin que se le efectuara estudio alguno, ni se le informara las condiciones para el disfrute pensional, omitiendo darle la información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional. Posteriormente, firmó formulario de afiliación a Porvenir el 18 de enero de 2000, sin que tampoco se cumpliera con el deber legal y jurisprudencial de brindar toda la información necesaria respecto de las consecuencias del traslado².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones presentadas en su contra, expuso para ello que, se encuentra ante un acto válido de traslado, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, correspondiendo a un verdadero contrato de afiliación, realizado sin presión ni engaños. Expresó como excepciones de fondo, entre otras: Inexistencia de la obligación y causa para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de devolver la comisión de administración y el seguro provisional si se declarare la ineficacia de la afiliación³.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentando que, dentro del plenario no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; asimismo, que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante. Formuló como excepciones de fondo, entre otras: y descapitalización del sistema, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad y no procedencia al pago de costas⁴.

² Índice 01

³ Índice 07

⁴ Índice 16

Por auto del 1° de septiembre de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir por no haber presentado escrito de contestación⁵.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de marzo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora EVELYN MERCEDES MONTAÑO PÁEZ a la AFP PORVENIR hoy PROTECCIÓN EL 17 DE MARZO DE 1999. y el posterior traslado horizontal a la AFP PORVENIR S.A conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada EVELYN MERCEDES MONTAÑO PÁEZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: En caso de existir aportes en la AFP PROTECCIÓN a favor de EVELYN MERCEDES MONTAÑO PÁEZ, deberá ser trasladados a COLPENSIONES.

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

SEXTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a las AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”⁶

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones se interpuso y sustentó recurso de apelación, se argumenta que al ordenarse la ineficacia de traslado se está vulnerando una prohibición legal la cual indica que a una persona que le faltare menos de 10 años para cumplir la edad pensional, ya no puede trasladarse de régimen. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las AFP realizaron unos traslados conforme a derecho, con los requisitos normativos descritos para cada traslado, que se hizo por voluntad y a escogencia de la actora, en el régimen que quería pertenecer, sin que el traslado estuviese viciado. Sostuvo que el traslado se realizó dentro de la causa lícita y no hay lesión justificada en el derecho pensional, ya que la demandante además que tuvo asesorías, contó con la oportunidad para indagar sobre el régimen pensional. Además, se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema, pues las AFP devuelven los aportes

⁵ Índice 08

⁶ Índice 21 acta y link de la audiencia

a Colpensiones y esta entidad tendrá que cubrir los derechos pensionales de la demandante, prevaleciendo el interés particular sobre el general de las personas que válidamente se encuentran afiliadas en el RPMPD, recordando que este es un régimen subsidiado del cual depende las pensiones ya causadas como las futuras. Solicitó que, de ratificarse la sentencia, no se condene en costas a Colpensiones, ya que no tuvo injerencia en el traslado, de hecho, sufrió afectación al sustraérsele un afiliado, sin poder oponerse al mismo; al igual que, por mandato, los dineros de la seguridad social de prima media que posee la entidad deben ser usados única y exclusivamente para pagos de mesadas pensionales. Igualmente, que se ordene la devolución de los gastos de administración y aportes que obren en la AFP (min. 56:35).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, surtida la oportunidad para alegar de conclusión, precisando que esta oportunidad no corresponde a la sustentación del recurso de apelación, lo que se realiza en audiencia en primera instancia, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A. Con alegatos por Colpensiones y Porvenir.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 20/05/1966 (índice 01 pág. 11); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones desde octubre de 1991 (págs. 12 a 17 *ibídem*); iii) que el 17/03/1999 se trasladó a Davivir hoy Protección S.A. (índice 07 pág. 24); y iv) el 18/01/2000 realizó traslado horizontal de Davivir a Porvenir (índice 01 pág. 19).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado o afiliada.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por cada AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica

necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se 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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal tercero de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la AFP Porvenir que retorne con destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

De igual manera, por efecto de no exclusión de conceptos a ser retornados, se adicionará al ordinal cuarto de la sentencia de primer grado para ordenar a Protección, que retorne a Colpensiones los rendimientos que a nombre de la actora existan, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, 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 estas administradoras.

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, tampoco por edad del afiliado, por efecto de la ineficacia. 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 la recurrente no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones deba activar la afiliación del demandante, así como recibir los aportes y conceptos mencionados.

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.

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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de marzo de 2023, en donde es demandante EVELYN MERCEDES MONTAÑO PÁEZ y demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para ORDENAR a Porvenir S.A. que además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne con destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

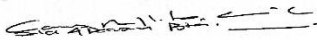
SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a Protección S.A. que retorne a Colpensiones los rendimientos que a nombre de la actora existan, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia 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 estas administradoras.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

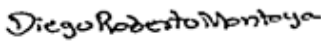
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: **0bdcdeef7ef2e154dae79c6e67e94b0fedb41d55f520278de5f2f8be63c2e1ae**

Documento generado en 12/12/2023 04:26:18 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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 028 2021 00361 01

Demandante: LUZ AMPARO GUZMÁN CASTAÑEDA

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y LA NACIÓN
- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO¹

Conforme documental allegada, obra como apoderado sustituto de COLPENSIONES el doctor Juan Carlos Rodríguez Agudelo.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta² en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 10 de abril de 2023 (10/04/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de abril de 2023. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Luz Amparo Guzmán Castañeda llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a Protección S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Protección S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados

¹ Vinculado mediante auto de fecha 14/07/2022 – índice 12

² Pase Despacho 21/04/2023

en el RAIS, junto con sus rendimientos, gastos de administración y cuotas de manejo descontadas, junto a las costas y agencias en derecho

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 22/12/1961, afiliada al ISS por el periodo comprendido entre el mes de abril de 1982 hasta mayo de 1998 y que en el mes de agosto de 1988, luego de una inadecuada asesoría en materia pensional, se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A. Que una vez cumplió los requisitos de edad y semanas cotizadas para acceder a su pensión de vejez, solicitó información ante la administradora privada, momento en que se percató que el cambio de régimen le derivó un perjuicio que afectaría su mesada pensional y pese que solicitó ante las demandadas retornar al RPMPD, su solicitud fue negada por las administradoras³.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentando que, las estas se proyectan a obtener beneficios económicos, además que el traslado de régimen se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al RAIS e igualmente allí cambió de AFP, lo que significa que existe una ratificación tácita. Formuló como excepciones de fondo, entre otras: *perfeccionamiento actos de relacionamiento, inexistencia del derecho, pago de lo no debido y prescripción*⁴.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones presentadas en su contra, expuso para ello que, se encuentra ante un acto válido de traslado, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, correspondiendo a un verdadero contrato de afiliación, realizado sin presión ni engaños. Expresó como excepciones de fondo, entre otras: *Inexistencia de la obligación y causa para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de devolver la comisión de administración y el seguro provisional si se declarare la ineficacia de la afiliación*⁵.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como fundamento de oposición a las pretensiones, argumentó que la actora se encuentra vincula al RAIS desde el 12 de agosto de 1998 cuando suscribió formulario de afiliación con la AFP ING hoy Protección, vinculación que se produjo por traslado de régimen. Como consecuencia de lo anterior, tiene derecho a la que se emita en nombre suyo un Bono Pensional tipo A modalidad 2 por haberse traslado al RAIS con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y contar con más de 150 en el ISS o cajas públicas; bono pensional al que tiene derecho de acuerdo con la liquidación provisional del Bono generada en el sistema interactivo de Protección el 21 de septiembre de 1999, donde concurre como emisor la Nación y participa como contribuyente el ISS, con su respectivo cupón. Además, que surtido el trámite respectivo, el 23 de noviembre de

³ Índice 01

⁴ Índice 09

⁵ Índice 11

2021 y mediante Resolución No. 261666 la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público procedió a emitir y redimir (pagar) el bono pensional, ingresando en el sistema interactivo de la OBP la AFP Protección, sin que actualmente tenga algún trámite pendiente por atender en relación con dicho beneficio. Formuló excepciones de fondo: buena fe y la genérica⁶.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del diez (10) de abril de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora LUZ AMPARO GUZMAN CASTAÑEDA al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de OCTUBRE de 1998, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ AMPARO GUZMAN CASTAÑEDA identificada con C.C. (...), a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que reintegre el valor del bono pensional de la demandante, de manera indexada y a favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora. Sin costas a cargo de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”⁷

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones se interpuso y sustentó recurso de apelación, argumenta que lo importante es que exista una correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda

⁶ Índice 14

⁷ Índice 19 acta de audiencia y audio-

del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional predeterminado. De acuerdo a la orden de ineficacia de traslado que se ha decretado en este asunto, se atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema general de pensiones en el entendido que el objetivo del periodo de señalamiento de carencia en la norma consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen de solidaridad con prestación definida que se produce cuando se permite que las personas que no han tenido cotizaciones y no han contribuido a un fondo común, se cambien de régimen y por lo mismo no han sido tenidos en cuenta para determinar las sumas que representarían en un futuro el pago de su pensión y su registro periódico, se trasladen de régimen cuando están próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez; situación que pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. Con respecto a las costas, solicitó observar lo dispuesto en el salvamento de voto de una decisión proferida por esta Corporación, resaltando que Colpensiones en este proceso acude únicamente como un tercero que debe soportar unas consecuencias jurídicas, ante la omisión que se ha declarado del fondo privado de pensiones, razón por la que solicita revocar la condena en costas (min. 1:11:24).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, surtida la oportunidad para alegar de conclusión, precisando que esta oportunidad no corresponde a la sustentación del recurso de apelación, lo que se realiza en audiencia en primera instancia, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Protección S.A., en virtud del recurso de apelación y del Grado Jurisdiccional de Consulta frente al interés jurídico de Colpensiones, y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a quien se le determinó como acreedor de lo previamente erogado por este, junto a la indexación correspondiente.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 22/12/1961 (índice 01 pág. 18); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones desde abril de 1982 (índice 10 – archivo «GRP-SCH-HL-66554443332211_2161-20220114101032»); y iii) el 12/08/1998 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada a Davivir hoy Protección S.A. (índice 11 pág. 23).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como tesis al caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

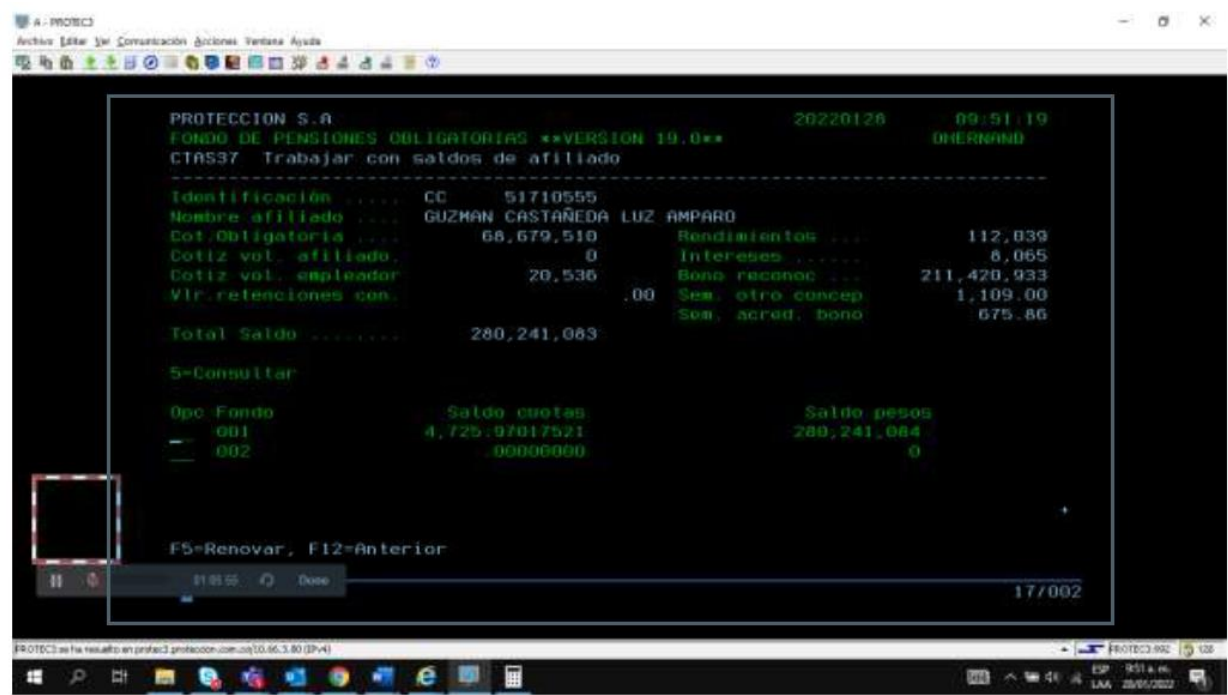
Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

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, 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 se estuvo afiliado a estas administradoras. En igual sentido, en lo que respecta al interés jurídico que le asiste al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el *sub lite* procede la devolución del Bono Pensional Tipo “A” que éste emitió y remitió (pagó) en favor de la señora Luz Amparo Guzmán Castañeda y que ingresó en el sistema interactivo de la OBP de la AFP Protección, debidamente indexado, teniendo en cuenta la pérdida de su valor adquisitivo y en consonancia con el criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, sobre la redención del bono pensional, por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, si se asume la condición de pensionada de la demandante, en las contestaciones de la demanda por la AFP Protección S.A. y ese Ente Ministerial, se allegó documental Resolución 26166 del 23 de diciembre de 2021, por medio de la cual se ordenó emitir y ordenar «el pago del cupón principal a cargo de la Nación en los Bonos Pensionales de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS», dentro de los cuales se encuentra relacionada la señora Guzmán Castañeda (págs. 23 a 30 índice 14); aunado a que conforme lo informa el Ministerio demandado y la AFP Protección, dicho bono fue expedido y pagado en favor de la actora con el fin de financiar la pensión de vejez, lo que se corrobora con lo aportado por esas entidades al índice 11 págs. 76 y 79 e índice 14 págs. 17 a 22. Razón que permite observar que el Bono Pensional tipo A si fue emitido y pagado, pero además que dentro del RAIS no se concretó el reconocimiento pensional a favor de la demandante, siendo procedente el estudio de la ineficacia deprecada por la actora en la condición de afiliada, lo anterior como se evidencia impresión sistemas de información de Protección S.A. (índice 11. Pág. 79):



Luego en casos de ineficacia como en el presente, como se indica en sentencia CSJ 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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar Protección S.A., que además de lo expuesto, retorne con destino a Colpensiones los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, comisiones 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, 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 régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado, tampoco por edad del afiliado, por efecto de la ineficacia. 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 la recurrente no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones deba activar la afiliación del demandante, así como recibir los aportes y conceptos mencionados.

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.

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

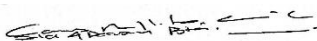
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito el día 10 de abril de 2023., en donde es demandante LUZ AMPARO GUZMÁN CASTAÑEDA y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y vinculada la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para ORDENAR a Protección S.A. que además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne con destino a Colpensiones, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: **88db480f34aeb99040b30f1634e5e97c4a177b99c37e7071415e60c7df301b2f**

Documento generado en 12/12/2023 04:26:20 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

-12- de diciembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 38 2021 00529 01

Demandante: HECTOR JOSÉ CARDONA VILLAMIZAR

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Conforme documental allegada, obra como apoderada de PORVENIR la doctora Nedy Johana Dallos Pico y como apoderada sustituta de COLPENSIONES la doctora Mayra Alejandra Bohada Rojas.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas, así como el grado jurisdiccional de consulta¹ en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 09 de marzo de 2023 (09/03/2023), la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Se resuelve la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá del 09 de marzo de 2023. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Héctor José Cardona Villamizar, por intermedio de apoderada judicial, llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad – RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A. el 4 de julio de 1997, siendo válida aquella

¹ Pase Despacho 12/04/2023

afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto a las costas .

Fundamentó sus peticiones, al indicar que estando afiliado al RPMPD desde el 16 de octubre de 1987, se trasladó al RAIS al suscribir vinculación No. 921194, traslado que surgió con ocasión a que fueron abordados en las puertas del Hospital San Juan de Dios por un personal de Porvenir, quienes le promocionaron como una nueva alternativa en el sistema de pensiones afiliarse a esa administradora, resaltando que podría pensionarse a la edad y con el monto de dinero que él quisiera, ya que no era necesario esperar la vejez para disfrutar de la pensión. Precisó que no se le brindó ninguna información adicional y mucho menos que el monto final de la pensión iba a ser inferior al que recibiría de continuar en Colpensiones; que solo se le dio información sobre la situación económica que sufría el ISS y no se le proyectó o efectuó una simulación pensional en ambos regímenes, como tampoco las condiciones en que podría pensionarse de manera anticipada. Señaló que el 28 de mayo de 2021 Colpensiones se negó a admitir la solicitud elevada para que se le aceptara como afiliado a esa administradora, en virtud a que el traslado a Porvenir carece de eficacia y validez².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones presentadas en su contra, expuso para ello que, el demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de esa administradora, con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Expresó como excepciones de fondo, entre otras: prescripción, cobro de lo no debido y buena fe³.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentando que, la afiliación al RAIS se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a Porvenir. Formuló como excepciones de fondo, entre otras: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe e inexistencia del derecho⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por HÉCTOR JOSÉ CARDONA VILLAMIZAR con destino a la AFP PORVENIR S.A., el 04 DE JULIO DE 1997. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

² Índice 01

³ Índice 08

⁴ Índice 09

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al demandante con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES y los recursos percibidos por cuenta de él en el RAIS, durante el tiempo en que este permaneció vinculado irregularmente a este régimen,, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \frac{\text{VALOR HISTORICO}}{\text{(Valor de Recursos mensuales)}} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Debiéndose tomar como índice inicial, el del mes en que se verificó el giro de recursos correspondientes y como índice final, el del momento en que se verifique el traslado de tales recursos con destino al RPMPD, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar tal procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán cargo a recursos propios de la AFP PORVENIR S.A. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte del Sistema General de Pensiones.

En caso de que se haya redimido el bono pensional a que tenía derecho el demandante en condición de afiliado al RAIS y que tales recursos obren ya en la cuenta de ahorro individual del accionante, los valores correspondientes deberán ser devueltos a la NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO oficina de bonos pensionales, debidamente indexados tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \frac{\text{VALOR HISTORICO}}{\text{(Bono Pensional)}} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Debiéndose tomar como índice inicial el del mes en que se haya recibido el valor del bono pensional y como índice final el de la fecha en que se verifique el pago por parte de PORVENIR S.A. Lo anterior, por lo indicado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor del demandante.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR”⁵.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones se interpuso y sustentó recurso de apelación, señaló que conforme el artículo 83 de la Constitución Política las actuaciones de los particulares y

⁵ Índice 17 acta y audio.

autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas, por lo que alega la parte actora que la AFP, a través de sus asesores lo indujeron al error al realizar la afiliación en el RAIS, adicional no le brindaron la información suficiente, por lo que se le impone la carga procesal de desvirtuar la buena fe de los fondos privados.

Además, que no fue sino hasta este momento que evidencia irregularidades en su traslado sin haber generado duda o inquietud previa de la decisión tan importante que ello implicaba. De igual manera, que no puede desconocerse que el vínculo contractual fue generado desde la selección y afiliación a uno u otro régimen pensional, lo que genera obligaciones reciprocas, en ese entendido, el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones, tal y como lo ha determinado el Decreto 2241 de 2010. Conforme a las anteriores precisiones, que es evidente que el derecho de información se integra por una parte con la obligación de asesoría y buen consejo que deben suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados, pero también con la información que deba recibir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las modalidades, condiciones y sistema que integran los regímenes pensionales que permita tomar decisiones con el debido cuidado, atención que merece por ejemplo afiliarse, trasladarse o escoger una modalidad particular acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado. Agregó que la permanencia en el RAIS, evidenció que éste aceptó y se acogió a las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen, pues a partir de la firma del formulario y su posterior estadía, se rige por las normas del RAIS. Mas si se trata de afiliados sin la debida permanencia en el RPMPD (min. 22:38)

Por su parte Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, indicando que el traslado de régimen pensional efectuado en julio de 1997 se realizó de manera libre y voluntaria consiente con la AFP. Que si bien como única prueba del momento histórico del traslado se tiene el formulario de afiliación, también existen documentos adicionales como los formularios de afiliación al fondo de pensiones voluntarias, comunicaciones que se enviaron al correo del actor previo al cumplimiento de los 52 años, un plan de re asesoría y una posterior comunicación faltándole 7 años para su derecho a la pensión, por lo que si bien en materia documental no se encuentra muestras adicionales de los ya referidos, lo cierto es que el actor contó con ese acompañamiento de profesional de los asesores comerciales de Porvenir, no solo en el momento del traslado sino en los años de su afiliación, entonces se ha visto beneficiado de unas características privativas del RAIS como lo son la existencia de los aportes voluntarios y los beneficios que ello acarrea.

Si bien con el interrogatorio de parte, se desconoce las condiciones de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen, se acreditó que existió acompañamiento de un asesor comercial de Porvenir, por lo cual no sería dable atribuirle un deber de información no vigente a la entidad, como el deber de un buen consejo o una doble asesoría, incluso para haber desincentivado la afiliación del demandante, máxime cuando para dicho

momento histórico se tenía con la sola ilustración de las características del RAIS y las suscripciones del formulario de afiliación se efectuaba el traslado, la que no podría rechazar la demandada.

Agregó que Porvenir estuvo al tanto a través de los extractos de la cuenta de ahorro individual, comunicaciones que se remiten de manera permanente a todo y cada uno de los afiliados de esa administradora, esto con la supuesta inobservancia del deber de información.

De igual manera, se aparta de la condena de devolver los rendimientos financieros, gastos de administración, sumas por seguros previsionales debidamente indexados, teniendo en cuenta que es en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que se hace el instrumento de esta índole, con el propósito de amparar la prestación de todos los afiliados, como amparar al demandante de las contingencias de invalidez o muerte, a través de seguros previsionales, máxime cuando ya se esas sumas ya se encuentran en poder de las aseguradoras que han amparado la prestación pensional. De igual manera, los gastos de administración que se descontaron en virtud de esa garantía de rentabilidad mínima que se le ha garantizado, a través de rendimientos financieros que le han mejorado su ahorro pensional, visible en su cuenta de ahorro individual; al igual que la indexación que es una condena que desborda los efectos de la ineficacia, pues los rendimientos financieros superan con creces cualquier actualización del poder adquisitivo de la afiliación del demandante, como en otras sedes judiciales así se ha indicado, con ingreso de bono pensional del demandante, el que no debe asumir Porvenir en su indexación (min. 25:10).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, surtida la oportunidad para alegar de conclusión, oportunidad utilizada por la parte actora, Porvenir y Colpensiones, precisando que esta oportunidad no corresponde a la sustentación del recurso de apelación, lo que se realiza en audiencia en primera instancia, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia del traslado realizado por el demandante del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el accionante nació el 26/02/1959 (al índice 08 pág. 30); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones desde 09/05/1990 (al índice 01 págs. 61 a 66); iii) el 04/07/1997 se trasladó al RAIS mediante afiliación efectuada a Porvenir S.A. (índice 08 pág. 29); y iv) posteriormente, realizó traslado horizontal de Porvenir a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 22/06/1999 (pág. 31 *ibídem*).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, 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 al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como tesis al caso y en relación con los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve 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 sentencias 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, especialmente frente al 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 que 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 y 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, desde 1993 hasta 2009, 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 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no se soportó. 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, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia 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 hubiese 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 debe 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, así como las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados y existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, y se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado 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.

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, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

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, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (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, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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 debe 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.

Adicionalmente de la documental allegada por Porvenir S.A. al 22 de abril de 2022 (índice 08 pág. 60), el actor se reporta como afiliado a esta entidad, no pensionado, pese que se indica que en fecha anterior había solicitado a Porvenir S. A. el reconocimiento pensional, no se evidencia que la misma fuera concretada a través de este fondo administrador en el RAIS, lo anterior como se evidencia en la documental citada:

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS
PORVENIR S.A.
 En su condición de administradora del
FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS PORVENIR
 NIT 800.224.808-8

CERTIFICA QUE:

HECTOR JOSE CARDONA VILLAMIZAR, identificado(a) con Cédula de Ciudadanía 16.654.893, se encuentra afiliado(a) al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir desde el 01 de septiembre de 1997.

La presente certificación se expide el 22 de abril de 2022.

Cordialmente,



Gerente de Clientes



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, 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 se 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.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la AFP Porvenir que retorne con destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, 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 régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado, tampoco por edad del afiliado, por efecto de la ineficacia. 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. Sin costas en esta instancia.

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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito el nueve (9) del mes de marzo de 2023., en

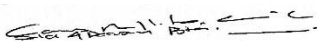
donde es demandante HÉCTOR JOSÉ CARDONA VILLAMIZAR y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para ordenar a la AFP Porvenir S.A. que, además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne con destino 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, comisiones, 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, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

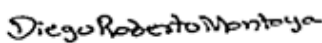
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
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: **f4c4fc44e970ef222106d8a8fed96cb97f1a0feb6077419eb4354dc1f61296ea**

Documento generado en 12/12/2023 04:26:22 PM

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

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