



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 12 2020 00127 01
Demandante: MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES
Demandado: COLPENSIONES Y PORVERNIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá del 11 de julio de 2022.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a fin que se declare la nulidad o ineficacia de su vinculación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. realizado en el año 2002, debido a la omisión del deber de información por parte de la AFP mencionada en el momento del traslado.

Como consecuencia de lo anterior, se declare que siempre estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas de dinero por concepto de bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte y devolución de los gastos de administración que fueron descontados, así como se ordene a esta última entidad que reactive su afiliación y corrija su historia laboral. Por último, se condene en lo demás que resulte probado según las facultades *ultra y extra petita*.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se tenga por inexistente el traslado de régimen pensional junto con las devoluciones respectivas, el reactivo de la afiliación por parte de COLPENSIONES, la corrección de su historia laboral y lo demás que se encontrare probado según las facultades *ultra y extra petita*. Asimismo, reformó la demanda expresando que se declarara que ha cotizado 836 semanas desde 1993 hasta 2007.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 3 de octubre de 1958, contando para la presentación de la demanda con la edad de 61 años, que el 1 de enero de 1993 se afilió al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y posteriormente se trasladó de régimen por medio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A en el mes de febrero de 2002.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De la afiliación realizada con PORVENIR S.A. refirió que esta se efectuó sin tener información concreta y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen, pues se omitió ponerle de presente cual podría ser el monto aproximado de su pensión en cada régimen, las condiciones para pensionarse con la mesada que deseara y a la edad que dispusiera, de que dependía su mesada pensional en cada régimen y que variables se tienen en cuenta para el efecto, la posibilidad de hacer aportes voluntarios y que se descontaría un porcentaje de su cotización para cubrir los gastos de administración. Por ello, considera que el asesor de PORVENIR S.A. no cumplió con el deber de informarlo correctamente sobre la conveniencia o no de su traslado.

De otro lado, menciona que el 17 de septiembre de 2019 solicitó una proyección pensional a la AFP, la cual le informó que debería trabajar hasta los 79 años para alcanzar una pensión de \$828.116 con una tasa de reemplazo del 63.11%.

Como sustento de las pretensiones de la reforma de la demanda argumentó que en el tiempo en el que estuvo en el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES cotizó un total de 289 semanas, mientras que desde el año 1993 hasta el 2007 el total de semanas cotizadas fue de 836.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones tanto principales como subsidiarias argumentando que la vinculación de la demandante al RAIS es válida, que no se allega prueba siquiera sumaria que demuestre la nulidad o ineficacia de la afiliación, además que no se le puede endilgar una carga que no le corresponde, pues es desde el decreto 2555 de 2010 y el decreto 2071 de 2015 que las administradoras tienen el deber de asesoría e información. Enfatizó también en que como las características, condiciones, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales están contenidas en la ley, el demandante no constató la información brindada en la asesoría por su falta de diligencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Presentó los medios exceptivos de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Respecto a la reforma de la demanda presentó contestación frente a esta expresando que no hay lugar a declarar las semanas pedidas por el demandante, dado que de su historia laboral se acredita que ha cotizado solamente 200 semanas al Sistema General de Pensiones.

A su turno COLPENSIONES presentó contestación de la demanda frente a las pretensiones principales, sosteniendo que el demandante admite en la narración de los hechos que el asesor de PORVENIR S.A. le informó sobre características del RAIS como tener una pensión de mayor valor y de manera anticipada, y frente a las subsidiarias que el acto jurídico del traslado es existente, pues así lo demuestra el formulario de afiliación suscrito entre la AFP PORVENIR y el accionante.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica.

Sobre la reforma de la demanda el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 23 de mayo de 2021 tuvo por no contestada la reforma de la demanda por parte de COLPENSIONES.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de julio de 2022 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES identificado con C.C. No 12.973.347 del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

solidaridad administrado por PORVENIR S.A. antes HORIZONTE el 1 de febrero de 2002, conforme a lo considerado en esta sentencia.

“SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

“TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones y rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos 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 PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia precisó que el presente asunto debía analizarse a la luz de la ineficacia del traslado más no de la nulidad del mismo, tomando en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha establecido un precedente jurisprudencial dictando que cuando el acto de afiliación se ve afectado por falta de consentimiento informado debe ser esta figura la que opere.

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

Descendiendo al caso en concreto, la juzgadora refirió que de las pruebas obrantes tanto documentales como practicadas en audiencia se tiene que el demandante se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR en el año de 2002



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

proveniente del ISS en donde cotizó de manera interrumpida del 1 de enero de 1993 hasta febrero de 2002, asimismo que la administradora que efectuó la vinculación y el consecuente traslado de régimen no le informó al accionante sobre las características de los regímenes pensionales como los requisitos para acceder a su pensión, cuando procedería una devolución de aportes, las distintas modalidades de pensión en el RAIS y la posibilidad de retornar al RPM cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse, además de los efectos, ventajas y desventajas de trasladarse de régimen, pues del interrogatorio de parte practicado no se da cuenta de lo mencionado, aunado a que del formulario de afiliación no se puede extraer que se haya cumplido el deber de información que ostentaba al momento del traslado como se explicó en precedencia. En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional con todos sus efectos.

Por último, respecto de la declaración de la cantidad de semanas cotizadas contenida en la reforma de la demanda, señaló que al no indicarse de manera clara los periodos faltantes con su respectivo empleador y el fondo correspondiente no era posible emitir una decisión de fondo sobre el particular.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES presentó recurso de apelación frente a la sentencia de instancia argumentando que el demandante está inmerso en la prohibición legal para trasladarse contenida en la ley 797 de 2003, seguidamente expresa que la verdadera razón del actor para regresar al RPM es aumentar su expectativa pensional lo que genera un desbalance de los rubros del Sistema General de Pensiones afectando la sostenibilidad financiera del mismo, en ese sentido debe tenerse como válida la afiliación realizada en 2002 pues esta fue realizada de manera libre y voluntaria como lo expresó en el interrogatorio de parte.

De otro lado, solicita se revoque la condena en costas impuesta a su cargo, en el entendido que siempre actuó bajo el principio de la buena fe y del acatamiento de la prohibición contenida en la ley 797 de 2003.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A su turno PORVENIR S.A. presentó recurso de alzada frente a la sentencia de primera instancia manifestando que el precedente jurisprudencial desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en este asunto también comprende que debe estudiarse las particularidades de cada caso, en ese sentido considera que en el presente no se le dio el valor probatorio que correspondía a las pruebas aportadas al plenario, además de que se allegó el formulario de afiliación el cual da cuenta de la vinculación del demandante, documento único para la fecha con el fin de acreditar lo dispuesto por la normatividad vigente para la afiliación.

Que si bien PORVENIR S.A. asumió las obligaciones de HORIZONTE en la fusión que se generó, lo cierto es que el actor si recibió asesoría por parte de un asesor que le explicó las características del RAIS, asimismo que, aunque el demandante no fuese experto en pensiones es una persona capaz para obligarse y comprender las consecuencias del traslado del régimen pensional.

Del mismo modo expresó su inconformidad respecto de la devolución de los rendimientos, gastos de administración y sumas por los seguros provisionales, ya que bajo la premisa de retrotraer las cosas a su estado inicial, derivada de la ineficacia del traslado, se sale de tal plano la condena impuesta teniendo en cuenta que los rendimientos generados son privativos del RAIS y según la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se pondría al afiliado en una situación distinta a la anterior, puntualizando sobre los gastos de administración tampoco considera que se deba efectuar una devolución, al ser captados por mandato legal, y referente a los seguros previsionales los mismos fueron pagados como la norma también lo dispone. Por último, mencionó que según lo dictado por la Superintendencia financiera se deben observar las restituciones mutuas por traslado de régimen a la luz del artículo 8º del decreto 3995 de 2008.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación suscrito con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de fecha 1 de febrero de 2002 (Fl. 64 del archivo 001.) en el que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, del interrogatorio de parte practicado al demandante no se puede extraer confesión alguna de haber recibido la información necesaria para que la AFP acreditara el deber de información que le compete, pues el actor manifestó que tuvo una reunión grupal en febrero de 2002 en su lugar de trabajo en el municipio de Almaguer (Cauca) donde llegó una asesora de HORIZONTE



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ofreciéndoles cubrir sus contingencias de pensión y salud, que de aquella reunión de no más de 25 minutos le comentaron que el ISS se iba a acabar y que podrían perder sus aportes por ello debían afiliarse a un fondo privado el cual haría que no sucediera tal situación, no obstante se omitió por la asesora entregar información como la existencia de una cuenta de ahorro individual, que de los aportes realizados estos tendrían una rentabilidad y la incidencia de sus beneficiarios en el RAIS.

Por lo anterior se vislumbra que, aunque expresó que no fue coaccionado o presionado para afiliarse, la apreciación del interrogatorio arroja que no confesó el cumplimiento del deber de información en asuntos claves para tomar una decisión informada como los riesgos y efectos que podría tener su traslado, las diferencias entre ambos regímenes o de qué dependería su mesada pensional, pues si bien refirió que conocía las condiciones para pensionarse en ambos regímenes esto no lo conoció sino hasta que su abogada lo asesoró frente al tema.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un



	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2002, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, teniendo en cuenta que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, asunto objeto de apelación por parte de PORVENIR S.A., la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, 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, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a su inclusión en la condena en costas de primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues la entidad recurrente fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y tercero de la sentencia proferida el 11 de julio de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las 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.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020